

II Encontro de PESQUISA



“Ciência em Debate”



Direito em Debate

II Encontro de PESQUISA

“Ciência em Debate”

Renê Francisco Hellman

Coordenador

Donizeth Aparecido dos Santos

Eliane Young Blood

Gilmara Rosas Takassi

Bruna Scheifer

Organizadores

Direito em Debate

Coletânea do
II Encontro de Pesquisa da FATEB

Direito em Debate
Coletânea do II Encontro de Pesquisa da FATEB

Renê Francisco Hellman
Coordenador

Donizeth Aparecido dos Santos
Eliane Young Blood
Gilmara Rosas Takassi
Bruna Scheifer
Organizadores

Paula Regina Pontara
Editora

Renê Francisco Hellman
Coordenador Geral do II Encontro de Pesquisa da FATEB

Comitê Gestor

Eliane Young Blood
Ivo Neitzel
Priscila Bahena da Silva e Silva

Comissão de Avaliação

Rodrigo Lopes – *Administração*
Elisangela Lagos – *Ciências Contábeis*
Gilmara Rosas Takassi – *Direito*
Pedro Fernandes Neto – *Engenharia Civil*
Expediterson Braz Marques – *Engenharia de Produção*
Maicon Ramon Bueno – *Engenharia Mecânica*
Osvaldo Vieira – *Engenharia Química*
Bruna Scheifer – *Pedagogia*

Comissão de Execução

Donizeth Aparecido dos Santos
Getúlio Nunes Gonçalves
Marcia Maria Galucha Esculápio
Gefferson Luiz dos Santos
Valéria Cristina de Oliveira

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-67900-67-4



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F262a ENCONTRO DE PESQUISA DA FATEB – Ciência em debate (2. :
29 e 30 de outubro de 2015: Telêmaco Borba, PR)
Anais: Direito em debate. – Telêmaco Borba, PR : FATEB,
2016.
138p. vol. I

ISBN 978-85-67900-67-4

1. Ciência em debate; 2. Encontro de Pesquisa; 3. Direito. I.
FATEB. II. Título.

CDD 050

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
---------------------------	---

PARTE I

A efetividade do processo à luz dos direitos
fundamentais e da hermenêutica jurídica

A AUTOCOMPOSIÇÃO NO NOVO CPC E A NOVA LEI DE MEDIAÇÃO: APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS DE FAMÍLIA	8
---	---

Gilmara Aparecida Rosas Takassi

A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E AS NULIDADES NO NOVO CPC	22
--	----

Camila Viana Ribas
Hérica de Fátima Dias
Monyke Oliveira

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	39
--	----

Isaquel Maia
acieli Aparecida Almeida Bueno

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA: UMA ABORGAGEM DA PRESTAÇÃO OBRIGACIONAL	47
--	----

Vaelson Barbosa Ribeiro
Carla Simone Silva

AÇÕES AFIRMATIVAS COMO METODO DE INCLUSÃO DAS MINORIAS PARA EFETIVA CONCRETUDE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	55
---	----

Lara Tinoco de Souza
Maicon Jose de Oliveira
Rodrigo Sautchuk

PARTE II

Administração pública e os
dilemas do Estado contemporâneo

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A UTILIZAÇÃO DE MÁSCARAS EM PROTESTOS POPULARES	65
--	----

Rafaela Gonçalves de Freitas
Alencar Frederico Margraf

O CONFLITO DE DIREITOS NO PARANÁ. QUAL DEVE PREVALECER?	71
--	----

Lucas Mainardes Joaquim
Gilson Garcia Gomes
Gilmara Aparecida Rosas Takassi

A JUVENTUDE BRASILEIRA E SUA CONCEPÇÃO NA AGENDA PÚBLICA	80
---	----

Elisa Stroberg Schultz
Paulo Fernando Pinheiro
Solange de Moraes Barros

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE	94
Alessandro Coimbra dos Santos	
Renê Francisco Hellman	

PARTE III

Constitucionalização do direito privado

A MULTIPARENTALIDADE E OS SEUS EFEITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES	108
Alessandro Coimbra dos Santos	
Juliana Ferreira Ribas	

PARTE IV

Garantismo e sistema criminal

A PRIVATIZAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL	118
Rafaela Gonçalves de Freitas	
TOLERÂNCIA ZERO: MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL PARA O BRASIL?	122
Rodrigo Sautchuk	
Maicon Jose de Oliveira	
Lara Tinoco de Souza	

PARTE V

Relações de trabalho e globalização

O SISTEMA DA LIVRE DISPENSA DO EMPREGADO E SEUS EFEITOS AO EMPREGADO: UMA INTERPRETAÇÃO À LUZ DO ATUAL CENÁRIO LEGISLATIVO	131
Édina Maria Machado de Mello	
Joelma Ocanha Almeida	

APRESENTAÇÃO

Caro leitor,

Os trabalhos aqui publicados foram submetidos, avaliados e apresentados no **II ENCONTRO DE PESQUISA DA FATEB**. Trata-se de evento que teve como mote principal a ciência em debate, abrindo a possibilidade para que acadêmicos, professores e pesquisadores pudessem discutir suas ideias nas áreas de Administração, Ciências Contábeis, Direito, Engenharia Civil, Engenharia de Produção, Engenharia Química e Pedagogia.

Nesta coletânea você encontrará os artigos que discutiram temas atuais e relevantes da área jurídica. Estão eles divididos em cinco capítulos.

No primeiro capítulo, os artigos relacionam-se com a temática da efetividade do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica; no segundo estão as discussões sobre administração pública e os dilemas do Estado contemporâneo; no terceiro os autores tratam a respeito dos efeitos da constitucionalização do direito privado, no quarto capítulo são abordados temas a respeito do garantismo e o sistema criminal e no quinto e último capítulo os autores abordam as relações de trabalho e a globalização.

Desejo a todos uma proveitosa leitura.

Agosto de 2016

Prof. Renê Francisco Hellman

Diretor Pedagógico da FATEB

PARTE I

A efetividade do processo à luz dos direitos
fundamentais e da hermenêutica jurídica

A AUTOCOMPOSIÇÃO NO NOVO CPC E A NOVA LEI DE MEDIAÇÃO: APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS DE FAMÍLIA

Gilmara Aparecida Rosas Takassi¹

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: A efetividade do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica.

RESUMO

O presente trabalho é apresentado para melhor entender o enfoque que o novo Código de Processo Civil deu à autocomposição, em duas de suas modalidades, conciliação e mediação. No presente trabalho, o objetivo é desmistificar a ideia de que somente o processo, através da figura do Estado-Juiz, é capaz de solucionar os conflitos, especialmente na área do Direito de Família. Assim será tratado da mediação como melhor forma de resolução dos conflitos familiares, como instrumento capaz de trazer harmonia familiar, pela própria aproximação das partes. Também serão apresentados os estudos sobre o desenvolvimento da mediação, seus princípios, forma e técnicas. Tudo com o objetivo de fazer do instituto realmente um meio de resolução de conflito e não mais um dispositivo legal.

Palavras-chave: Família; Mediação; Pacificação.

ABSTRACT

This work is presented to better understand the approach that the new Code of Civil Procedure gave autocomposição in two of its modalities, conciliation and mediation. In the present paper aims to demystify the idea that only the process by State Judge figure is able to resolve conflicts, especially in the family law area. So it will be treated in the mediation as the best way of resolving family conflicts, as an instrument to bring family harmony by itself bring the parties together. Also will be presented studies on the development of mediation, its principles, form and techniques. All with the goal of making the institute really a means of conflict resolution and not a legal provision.

Key-words: Family; mediation; Pacification.

1- INTRODUÇÃO

A autocomposição é uma modalidade de solução de conflito muito antiga e já utilizada nos tempos do Direito Romano. Porém, como todo instrumento de direito precisa ser aperfeiçoado para atender às novas exigências sociais. É nesse sentido que este trabalho busca demonstrar a atualidade do mecanismo, diante de sua previsão mais específica de acordo com o novo Código de Processo Civil, com o sistema da mediação. Não se pretende aqui expor o tema como um meio de desafogar o Poder Judiciário, mas sim como forma mais adequada de se resolver os conflitos envolvendo as famílias, tendo em vista a busca de uma resolução que efetivamente traga conforto e não acabe por afastar pais e filhos da convivência tão necessária. A mediação como forma de solução de conflito na área do Direito de

¹ - Professora especialista em Direito material e processual do Trabalho. Especialista em Educação à distância. Coordenadora do Curso de Direito da FATEB. Advogada. Juíza Leiga junto ao Juizado Especial da Comarca de Telêmaco Borba – Paraná – e-mail: gilmaratakassi@hotmail.com

Família precisa ser bem estudada e desenvolvida, caso contrário, por diversas razões, pode se tornar um instrumento pró-forma.

2 - METODOLOGIA

O presente trabalho terá base metodológica dedutiva, através dos instrumentos de pesquisa bibliográfica, com os estudos de materiais publicados em livros, artigos, dissertações e teses, bem como através do levantamento de estatísticas apontadas pelos Tribunais e pelo Conselho Nacional de justiça, afim de demonstrar de forma quantitativa e qualitativa a importância da mediação nos conflitos, especialmente da área de família e sua eficácia como forma de solução de conflito.

3 - DESENVOLVIMENTO

3.1 - Evolução social e jurídica das famílias

Não de hoje que o homem busca ferramentas para solucionar os conflitos de interesse. Desde os tempos mais remotos, como no Direito Romano, já era possível verificar a organização social e estatal no sentido de se evitar ou resolver os conflitos. E o que motiva o legislador ao publicar a Lei nº. 13.105 no dia 16 de março do ano de 2015², qual, seja o Novo Código de Processo Civil, não é outro senão dentro dos mais recentes anseios sociais buscar formas mais céleres e eficazes de solução de conflito.

Nossa sociedade encontra-se em constante evolução, e neste ínterim as relações familiares também passam por modificação. Aquela ideia de família concebida entre um casal, homem, mulher e seus filhos, que dura a vida toda, deixou de ser o único modelo de família. As famílias sofreram alterações em sua composição e período de vínculo, ou seja, não se pode mais conceber o casamento apenas entre a união de um homem e uma mulher, as famílias homoafetivas também são reconhecidas e protegidas pelo Estado.

Outro ponto diz respeito à durabilidade, ou melhor, da falta de durabilidade das relações afetivas. Influenciados seja pela mídia, pelos exemplos, o fato é que nos dias atuais é muito raro ver casais já de idade avançada que vivem juntos desde jovens, através de um único casamento. As separações de fato, resultantes da união estável e o divórcio não são mais tidos como uma realidade impossível nos casamentos. A fragilidade das relações, as facilidades de comunicação, a falta de uma formação voltada à manutenção da família, faz com que casais se divorciem com mais facilidade.

No livro *Inteligência Emocional* de Daniel Goleman, mais precisamente no capítulo “Casamento: Inimigos íntimos”, o autor ao explicar o grande número de aumento de divórcios nos Estados Unidos revela que

Pode-se afirmar que o aumento do número de divórcios não deva ser o resultado de uma redução da inteligência emocional, mas sim decorrente do declínio das pressões sociais que antes mantinham unido o mais infeliz dos casais³.

O casamento no Direito Romano poderia ser objeto de divórcio, quando do direito justinianeu, Imperador Romano, inclusive por mútuo consentimento (*communi consensu*), conforme lição de Luiz Antonio Rolim: “Ocorria quando ambos os cônjuges concordavam na dissolução do vínculo conjugal. Deviam, no entanto, obter a autorização dos pais, se eles ainda fossem vivos⁴”.

É com base nesse histórico evolutivo das novas famílias, suas fragilidades e relações pouco duráveis, é que o legislador com o Novo Código de Processo Civil, visando dar uma efetiva resposta a estes conflitos e fazer do Direito seu fim maior, que é a pacificação social, como assevera Ihering⁵.

2 - BRASIL. Lei nº 13.105 de 17 de março de 2015. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

3 - GOLEMAN, Daniel. *Inteligência Emocional: A teoria revolucionária que define o que é ser inteligente*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 149.

4 - ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 188-189.

5 - IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Tradução Pietro Nasseti. Coleção a obra-prima de casa autor. São Paulo: Ed: Martin Claret, 2003, p. 27.

Antonio Carlos de Araújo Cintra ET AL⁶, já em 2006, lecionava que “O objetivo síntese do Estado contemporânea é o bem-comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a proteção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça”.

Partindo da ideia da pacificação social, Luiz Guilherme Marinoni et. al.⁷, alegam que a pacificação social da jurisdição está relacionada e três elementos a saber: a existência de um juiz elimina as formas de solução privada de conflitos; a jurisdição acomoda as disputas e o agravamento das discussões e que ainda que os litigantes não se conformem com a decisão, não há possibilidade daquela situação conflitiva já solucionada seja levada novamente ao Judiciário.

O direito corresponde aos anseios do homem, e na Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale⁸, observa-se que encontraremos sempre estes três elementos, onde quer que se encontre a experiência jurídica: - fato, valor e norma. Donde podemos concluir, dizendo que a palavra Direito pode ser apreciada, por abstração, em tríplice sentido, segundo três perspectivas dominantes: o Direito como valor do justo, o Direito como norma ordenadora de conduta e o Direito como fato social e histórico.

Como pode se observar, a família desde os tempos mais remotos do ordenamento jurídico, obteve proteção especial do Estado. E nos dias atuais, com os novos conceitos de família, as novas modalidades de conflito, mais uma vez o legislador teve de responder aos anseios sociais. Nesse sentido, buscar uma solução pacificadora é trazer dignidade para as pessoas. Assim a mediação ganhou destaque no Novo Código de Processo Civil.

3.2 - A dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica nos conflitos da área de família

A Constituição Federal de 1988⁹, em seu art. 1º, inciso III, estabelece como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana. Ou seja, o Estado Democrático de Direito precisa desenvolver meios capaz de promover essa dignidade. É por isso que as práticas de mediação na área de família devem ser vista como um instrumento, agora processual de acesso à justiça.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰, ao falar da dos direitos fundamentais e da proibição do retrocesso, no que tange à dignidade da pessoa humana, com relação à segurança jurídica e a confiança nas instituições sociais e estatais, ensina que:

Com efeito, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

Ainda sobre a segurança jurídica, Eduardo Cambi¹¹ leciona que “A construção de um sistema jurídico ideal decorre do equilíbrio entre os valores da segurança jurídica e da justiça”.

Pensando nestes fatores, a legislação já evoluiu muito, como, por exemplo, com o reconhecimento da união estável, da união homoafetiva, das formas mais fáceis de se concretizar uma separação através dos cartórios, quando não envolvidos filhos menores, incapazes, e a partilha for consensual e, por último, com o fim da exigência da separação para conversão em divórcio.

Piero Calamandrei¹², em sua obra datada de 1999, já alertava para um processo mais humano, ao dizer que “O novo Código tem sido construído com a clara consciência desta verdade elementar: O problema da reforma das leis é, antes de tudo, um problema de homens”.

6 - CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31

7 - MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 123.

8 - REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 509.

9 - BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

10 - SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 442-443.

11 - CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 90.

12 - CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Volume 1. Campinas: Bookseller, 1999, p. 332-333.

É certo que a Constituição Federal de 1988, ao incluir em seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, quis abordar de forma ampla o conceito, e ainda como fundamento da República, deve orientar todas as atividades estatais, incluindo as do Legislativo e Judiciário, no sentido de elaborar leis que correspondam às necessidades e que respeitem as pessoas. Neste mesmo sentido, o Judiciário deve ser sensível aos problemas da sociedade, especialmente os que envolvem as famílias, onde nascem as primeiras lições de ética e comportamento.

Os laços afetivos, mesmo que declarados encerrados pela sentença, não podem significar o fim da família, sendo esta a base na sociedade, precisa de atenção especial.

O ativismo jurídico tem se mostrado bastante atento a esta situação, tanto que mesmo antes da edição do Novo CPC, foram desenvolvidos técnicas e programas com o objetivo de buscar formas alternativas de solução de conflito que respeitam a dignidade da pessoa humana sem deixar de lado a segurança jurídica.

3.3 - A família no Judiciário

Até agora verificou-se que as famílias estão em constante evolução e que o Estado através do Judiciário precisa estar atento aos novos conceitos e conflitos a fim de prestar tutela jurisdicional eficaz.

Contudo, o fim do casamento ou da relação de união estável não justifica o fim da família. Pais e filhos têm o direito de terem seus conflitos solucionados de forma a trazer harmonia familiar, sem que um ou outro se considere vencedor ou perdedor num processo. Pois é exatamente esta sensação que uma sentença, na maioria das vezes, traz para as partes. É inevitável que o processo regular, ou seja, aquele em que um juiz e um membro do Ministério Público, em uma sala de audiências, sentam-se diante de lados “opostos”, as partes, frente a frente, se veem como inimigas.

Essa disposição não combina com as relações de família. Pessoas que dias ou meses atrás se sentavam juntos na mesa de jantar, que dividiam suas felicidades e angústias, não podem agora ser tratadas como inimigas.

Os conflitos familiares desde o CPC de 1973¹³, já tinham previsões específicas e formas alternativas, ou seja, modalidades consensuais, mais céleres e não menos eficazes.

Já no CPC de 1973, no art. 1.121, era prevista a separação por mútuo consentimento, devendo a petição ser assinada pelos cônjuges e pelos advogados das partes, devendo ainda conter, se for o caso, a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha, a disposição sobre a guarda dos filhos, a valor da pensão para os filhos e para a o cônjuge¹⁴.

Maria Berenice Dias¹⁵, em seu capítulo “Família na justiça”, explica a especificidade deste ramo do direito:

O direito das famílias é o mais humano de todos os direitos. Acolhe o ser humano desde antes do nascimento, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas até depois de sua morte. Em sede de direito das famílias não dá amoldar a vida à norma.

Sérgio Pinto Martins¹⁶ define conflito: “Conflito, do latim *conflictus*, tem o significado de combater, lutar, designando posições antagônicas”.

É justamente para reverter essa ideia que a mediação prevista no Novo Código de Processo Civil será o instrumento capaz de compor as famílias e não afastar ainda mais, como ocorre nos processos do rito comum.

No CPC ainda vigente de 1973, a figura da autocomposição já é prevista, porém não na modalidade de mediação, restando prevista apenas a conciliação. A audiência preliminar, prevista no art. 331 do CPC de 1.973¹⁷, na lição de Marinoni “tem entre os principais fins o da tentativa de conciliação, objetivo

13 - BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 1973.

14 - VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. vol. 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 197-198.

15 - DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013, p. 82.

16 - MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições; recursos, sentenças e outros**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46.

17 - BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 1973.

que além de eliminar o conflito mais rapidamente e sem tanto gasto, possibilita a restauração da convivência harmônica entre as partes”¹⁸.

Cintra¹⁹ ao tratar dos meios alternativos de pacificação social, explica que a forma de solução de conflito através da autocomposição não constitui ultraje ao monopólio estatal da jurisdição, sendo considerada meio legítimo de solução de conflito. E ainda adverte, sendo disponível, o direito material em questão, é possível a autocomposição.

3.3.1 - A autocomposição nos conflitos familiares e a criação dos centros jurídicos de solução consensual de conflitos

Sendo uma modalidade de autocomposição, a mediação fará com que através da figura do mediador as partes se aproximem, conversem, descubram seus reais interesses e limitações e com isso sejam capazes de por um fim, elas mesmas, em seus conflitos.

O novo CPC²⁰ estabelece que:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

O prazo para instalação dos centros jurídicos para autocomposição termina em 17 de março do ano de 2016, sendo tarefa dos Tribunais sua criação e a população deverá ter garantido o acesso a este serviço.

O instituto é inovador, e não se encontra correspondência entre os artigos 165 a 175 do NCPC, que prevê as figuras do conciliador e do mediador, bem como grande parte da questão da audiência preliminar teve alteração, como pode ser observado na comparação entre os arts. 334 do NCPC e o art. 331 do CPC de 1973²¹. A parte que diz respeito à atuação do conciliador ou mediador é criação do novo CPC, conforme estudos dos Mestres Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Walmbier, em sua obra de estudo comparado²².

O problema do acesso à justiça, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, decorre do custo do processo e da demora processual²³.

Segundo Marinoni et. al.²⁴, os meios autocompositivos são uma tendência no direito comparado e estão bastante incentivados no novo Código de Processo Civil, podendo ocorrer de forma espontânea ou estimulada, sendo, está última, através da conciliação e da mediação.

Continua o Autor²⁵ dizendo:

O Código de Processo Civil de 2015 estimula as formas autocompositivas de resolução de conflito seja prevendo que, como regra, a citação do demandado no procedimento comum é para o comparecimento em audiência (e não mais para defender-se em juízo, com o que desestimula a formalização do litígio no processo logo em seu início, art.

18 - MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, volume 2: processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 242-243.

19 - CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35-36.

20 - BRASIL. Lei nº 13.105 de 17 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

21 - BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 1973.

22 - WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Coord.) . **Novo Código de Processo Civil Comparado: artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 106-110 e 178-179.

23 - MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 185-190.

24 - MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 180.

25 - MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 180.

334), seja pelo destaque que outorgou às categorias dos conciliadores e mediadores, prevendo-os expressamente como auxiliares do juízo (arts. 165 a 175) e prevendo espaços apropriados para o desempenho de suas funções ao longo do procedimento (por exemplo, art. 334).

Segundo o Movimento Judicial de São Paulo, os CEJUSC's reduziram em muito as demandas, no ano de 2013, foram 39.886 casos resolvidos definitivamente pelos Centros. Na área de família, foram 53.145 reclamações, com 24.746 conciliações obtidas, ou seja, 68% de sucesso nos casos²⁶.

É preciso que o Judiciário atue de forma a incentivar as práticas de protagonismo judicial. Sem dúvida, os CEJUSC's serão de muita valia para as pessoas, promovendo a dignidade, o acesso à justiça e a pacificação social. Sobre o protagonismo judiciário, Eduardo Cambi²⁷ leciona que

Incentivar práticas de protagonismo judiciário é somente uma parte da complexa questão da proteção, pelo Poder Judiciário, dos valores consagrados no ordenamento jurídico e da efetivação dos direitos fundamentais.

Victor Roberto Corrêa de Souza²⁸, conclui que:

Algumas ideias podem vir de uma interpretação, no caso concreto, do interesse de agir e do direito de defesa pela perspectiva cooperativa. Ou seja, conjugando os arts. 6º e 334, § 5º, do CPC/2015, as partes não podem ter o direito potestativo de se negar à composição através da audiência de conciliação e mediação, meramente indicando seu desinteresse, sem qualquer justificativa razoável. Assim, as partes e seus representantes devem apresentar, de modo claro e preciso, os motivos pelos quais não podem fazer a conciliação ou a mediação e preferem ocupar o tempo e os recursos do Poder Judiciário para tanto.

Elisa Corrêa dos Santos Townsend²⁹, ao estudar a mediação no Novo CPC, ensina que “Partindo destas premissas, de uma análise lógico-dedutva, e da tendência mundial da mediação, acreditamos que a psicologia e outras disciplinas correlatas desempenham um papel na mediação”. A autora ainda menciona que grande parte dos centros de formação de mediadores, tem como docentes, profissionais da área de psicologia.

3.4 - A mediação como forma eficaz de solução de conflito

A mediação é instituto antigo, porém pouco utilizado, pelas dificuldades de se fazer entender como meio seguro de composição de conflito. O pouco conhecimento popular sobre o tema cria barreiras para sua utilização. No entanto, conforme já mencionado, as famílias precisam ser atendidas de forma diferenciada, pelas peculiaridades que envolvem o tema.

A mediação como forma de solução de conflito, agora incentivada pelo NCPC, poderá dar respaldo e solução pacificadora aos conflitos de família.

Rozane da Rocha Cachapuz³⁰, estudiosa sobre o tema, leciona que

A mediação se desenvolveu especialmente nos Estados Unidos, a partir do início da década de 70, onde os casos de divórcio, antes de irem parar na justiça, precisam passar pela mediação em busca de soluções, na tentativa de salvar a família.

26 - Núcleo Permanente de métodos consensuais de solução de conflitos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <www.tjsp.jus.br/Download/.../ApresentacaoCEJUSCSparcerias.ppt.>. Acesso em 30 de julho de 2015.

27 - CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 382.

28 - SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a Audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento**. Revista de Processo – **RePro**. Ano 40. Volume 243. Maio de 2015. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 602.

29 - TOWNSEND, Elisa Corrêa dos Santos. **Mediação no novo CPC**. Revista de Processo – **RePro**. Ano 40. Volume 242. Abril de 2015. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 602.

30 - CACHAPUZ, Rozane da Rocha. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. 1. ed. (ano 2003), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 24.

Rozane da Rocha Cachapuz³¹, ao expor sobre a mediação no Brasil, esclarece que se tem notícia do instituto desde o século XII, porém de que não há previsão legal em nosso ordenamento jurídico. E que o Estado do Rio Grande do Sul tem sido pioneiro na construção de um modelo alternativo de equalização de litígios na área do Direito.

Por se tratar de uma modalidade de solução de conflito já prevista, mas pouco difundida, a mediação precisa ser melhor conhecida. Para isso, se faz necessário entender seus princípios, valendo destacar, já expressos no texto legal:

*NCPC Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.*³²

A recente Lei criada em 26 de junho de 2015, Lei nº. 13.140³³, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Em seu art. 1º, parágrafo único, a lei define mediação:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Sobre a mediação, Maria Berenice Dias³⁴ ensina que

A sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos – em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas -, sentimentos de amor e ódio se confundem. (...) Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes no litígio familiar. (...) A decisão não é tomada pelo mediador, mas pelas partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas escolhas.

Argene de Campos e Enrica Gentilezza de Brito, citadas por Maria Berenice Dias³⁵, revelam que a mediação familiar vem ganhando cada vez mais espaço e que

Por ser uma técnica alternativa para levar as partes a encontrar a solução consensual, é na seara da família que a mediação desempenha seu papel mais importante: torna possível a identificação das necessidades específicas de cada integrante da família, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um. Com isso possibilita que seus membros configurem um novo perfil familiar. (grifos da autora).

Sérgio Pinto Martins explica a mediação:

Mediação vem do latim mediare, com sentido de mediar, dividir ou meio de intervir. A mediação ocorre quando um terceiro, chamado pelas partes, vem a solucionar o conflito, propondo a solução às partes. O mediador ouve e interpreta a vontade das partes. A mediação tem por vantagem o fato de que a solução é mais rápida; não existe instrução probatória; a solução é estabelecida pelas próprias partes; evita a incerteza em relação ao resultado do julgamento; preserva as partes e diminui os processos judiciais. O autor

31 - CACHAPUZ, Rozane da Rocha. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. 1. ed. (ano 2003), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 27.

32 - BRASIL. Lei nº 13.105 de 17 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

33 - BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 jun. 2015.

34 - DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013, p. 85-86.

35 - DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013, p. 85-86.

*ainda cita alguns países que já possuem a mediação regulamentada por lei, como França, Espanha, Argentina, Austrália, Estados Unidos, Grã-Bretanha e Japão. E ainda revela que a Justiça do Trabalho no Brasil já desenvolve o Instituto desde a criação da CLT, o que foi sendo aprimorado com Portarias. Em 1995, o Decreto nº. 1.572 estabeleceu as regras sobre a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista*³⁶.

Neste ponto do trabalho importa falar também da cultura acadêmica, pois o estudante de Direito, por ter uma grade curricular segmentada, acaba por não valorizar da forma adequada as bases de seu curso, tais como o estudo da Sociologia, da Filosofia e até mesmo da Psicologia Forense.

Estas disciplinas é que contêm as respostas para muitos dos anseios sociais que não se consegue visualizar nas disciplinas específicas. O ato de pensar a solução do conflito familiar é objeto de estudo muito além das disciplinas técnicas, é ato reflexivo e importa no mais belo objetivo do Direito, que é a pacificação social. É preciso mudar a concepção do direito como algo conflituoso, com o discurso do conflito, da briga entre os litigantes. Faz-se necessário incluir nas disciplinas acadêmicas discussões acerca do objeto do direito e seu fim maior, mudando a cultura litigante para a cultura da paz social.

A cultura do litígio pode ser notada inclusive pelo número de cursos de Direito no Brasil, que segundo a OAB, no ano de 2012, tinha 1.260 cursos, que formam cerca 100 mil bacharéis por ano³⁷.

A Constituição Federal de 1988 alerta que a família é a base da sociedade. Assim, pensar na família após um conflito de interesse submetido ao Poder Judiciário, com uma sentença proferida por um terceiro estranho, na figura do Estado-Juiz, dizendo a quem cabe a guarda dos filhos, o quanto eles necessitam para fins de fixação dos alimentos, quantos dias de visita são suficientes, quais bens ficarão com um ou outro cônjuge. Esse tipo de solução pode por fim ao processo, mas não se revela como instrumento hábil à pacificação social.

Não se pretende aqui desmerecer os trabalhos do Poder Judiciário, de seus membros, de por em dúvida sua importância. Muito pelo contrário, o que se pretende é aperfeiçoar a prestação jurisdicional, pois com as mudanças nas relações familiares, o processo com ênfase na mediação, através da aplicação do Novo Código de Processo Civil, certamente responderá as demandas com mais celeridade e eficácia, evitando-se gastos maiores com custas e honorários, bem como evita as dilações processuais desnecessárias, como os recursos, que muitas vezes, são utilizados como meio protelatórios de defesa.

Como já mencionado acima, a questão de ver no processo um meio de pacificação social é cultural. E diante da implementação da autocomposição no processo, com o advento do Novo CPC, em especial através da mediação, será necessário que os operadores do direito estejam abertos a estas mudanças, pois a atuação do conciliador ou mediador será obrigatória nas audiências de conciliação ou mediação, conforme dispõe o parágrafo primeiro do art. 334 do Novo CPC, inclusive com a possibilidade de mais de uma sessão na tentativa de compor o litígio:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

*§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes*³⁸.

Sobre a pessoa do mediador, este poderá ser escolhido pelas partes ou ser um daqueles cadastrados

36 - MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições; recursos, sentenças e outros**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 49-52.

37 - **Exame de Ordem e a proteção da sociedade**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/24978/artigo-exame-de-ordem-e-a-protecao-da-sociedade>>. Acesso em 20 de julho de 2015.

38 - BRASIL. Lei nº 13.105 de 17 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015

dos previamente junto ao Tribunal. Não há obrigatoriedade de que o mediador tenha que ser cadastrado para poder atuar. Mas se não houver consenso entre as partes na indicação, a distribuição será feita entre os cadastrados, podendo, inclusive, ser mais de um caso necessário.

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1o O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2o Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

§ 3o Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador³⁹.

Defende-se a ideia da aplicabilidade da mediação nos conflitos envolvendo o direito de família, pelas peculiaridades do próprio instituto e pela natureza do vínculo.

Art. 165. § 3o O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos⁴⁰.

Importa salientar que a figura do mediador precisa ser capacitada e pode contar com a ajuda de psicólogos e assistentes sociais. Também é importante destacar o papel dos advogados neste processo.

Segundo Ian Mackay, é preciso desenvolver habilidades como ouvinte. E na lição do autor, é necessário concentrar-se em seus comportamentos de atenção, demonstrar atenção física como ouvinte, através de gestos e posturas, tais como olhar de frente para a pessoa que fala, manter bom contato visual, postura receptiva e permanecer relativamente relaxado⁴¹.

Mackay⁴² ainda ensina maneiras ativas de ouvir, como, por exemplo, fazendo perguntas do tipo “O que aconteceu depois”, “Então parece que...”, no sentido de demonstrar interesse pela fala. Declarações de apoio também são muito importantes, como, por exemplo: “Compreendo”, “É interessante”. Dependendo do tipo de pergunta será o objetivo, estimular a pessoa que fala e buscar informações adicionais, explorar sentimentos, demonstrar compreensão.

Pode-se cogitar a ideia de que figura do advogado ficaria em segundo plano, o que por vezes, implicaria na diminuição do número de causas, de atos processuais, de recursos e até de recebimento de honorários mais baixos. Isso já foi objeto de estudo.

A figura do advogado será indispensável, de forma que a dúvida sobre sua necessidade de atuação no ato é dirimida pela própria lei, em seu art. 334, parágrafo nono “Art. 334. § 9o As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos”⁴³.

Nesse sentido Antonio Carlos de Araújo Cintra et. al.⁴⁴ explicam a importância da figura do advogado.

Tal é a importância da função do advogado no processo, que a concessão de assistência judiciária aos necessitados foi erigida em garantia constitucional (Const., 5º, inc. LXXIV). (...). Para efetividade da garantia, a Constituição instituiu também a Defensoria Pública.

Sobre a atuação do advogado na mediação, Rozane Cachapuz⁴⁵ explica que, dentre os tipos de mediador está o advogado, no sentido inclusive técnico para garantir os conhecimentos legais e advertir as partes sobre as vantagens ou não de uma determinada situação. Porém, o advogado, conforme afirma

39 - BRASIL. Lei nº 13.105 de 17 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

40 - BRASIL. Lei nº 13.105 de 17 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

41 - MACKAY, Ian. **Como ouvir pessoas**. São Paulo: Nobel, 2000, p. 25-26.

42 - MACKAY, Ian. **Como ouvir pessoas**. São Paulo: Nobel, 2000, p. 31-34.

43 - BRASIL. Lei nº 13.105 de 17 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

44 - CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 316-317.

45 - CACHAPUZ, Rozane da Rocha. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. 1. ed. (ano 2003), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 62-63.

a autora, encontra dificuldades de lidar com as questões emocionais, devido sua vocação polêmica. Assim é necessário rever essa visão adversarial e estar aberto ao diálogo e ao acordo. E ainda lembra Rozane Cachapuz, o próprio Código de Ética determina que o advogado deve sempre buscar a conciliação, a solução pacífica.

Infelizmente não é isso que a prática revela. Sem generalizar, mas muitos colegas de classe “gostam” do embate, de sair vencedores de uma causa, esquecendo, muitas vezes, que antes do ego é preciso lembrar que há vidas e sentimentos envolvidos nas demandas e, principalmente, nos conflitos de família. É preciso ter muito tato para que o litígio não continue após o término do processo. Por isso é tão importante a interdisciplinaridade na mediação: advogados, terapeutas, psicólogos e assistentes sociais podem equilibrar o conhecimento técnico do advogado com o desenvolvimento do lado emocional das partes e, com este equilíbrio, chegar a uma solução pacificadora.

Outro ponto que pode ser levantado é sobre a questão da segurança jurídica da mediação, pois a figura do Estado-Juiz não será necessária para o ato em si, podendo apenas estarem presentes as partes, os advogados e o mediador. Uma vez que tenha sido frutífera a mediação, de forma que as partes tenham chegado a um consenso por si mesmas, o que foi decidido será reduzido a termo e homologado por sentença. Assim, mesmo não tendo sido o juiz que tenha proferido a decisão, esta terá efeito de sentença. É o que dispõe o parágrafo décimo primeiro do art. 334 “Art. 334. § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença”⁴⁶.

Ou seja, a decisão obtida com a mediação terá o mesmo efeito da sentença proferida pelo juiz titular, uma vez que será homologada pelo mesmo. E ainda, em caso de descumprimento do acordo entabulado entre as partes, o título terá eficácia de título executivo, podendo o seu cumprimento ser requerido perante o Poder Judiciário.

3.5 - Experiência de sucesso com a mediação na área de família

O Conselho Nacional de Justiça tem feito diferença nas políticas de acesso à justiça. Segundo Zulmar Fachin⁴⁷, o CNJ tem sede em Brasília, e tem abrangência em todo território nacional, tendo sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a EC n.º 45 de 2004 e exerce função administrativa em face do Poder Judiciário. É composto por quinze conselheiros.

Sobre a atuação do CNJ, destaca-se a definição:

Para melhor compreender o tema, é preciso definir a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Que tem por missão, contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da Sociedade e visão de ser um instrumento efetivo do Poder Judiciário⁴⁸.

Os CEJUSC's são um bom exemplo de atuação do CNJ.

Dentre as experiências com os centros de mediação, pode-se citar o CESUSC de Ponta Grossa – Estado do Paraná, onde o Tribunal de Justiça do Estado em parceria com a universidade UEPG juntamente com a Faculdade Secal, no Projeto “Falando em Família”, desenvolvem grupos de estudo e oficinas e atendimento de casos, buscando aplicar a justiça restaurativa.

Da experiência deste projeto, na data de 15 de maio de 2015, na cidade de Ponta Grossa, o Min. Marco Aurélio Buzzi, do STJ proferiu uma palestra sobre o tema, explicando a aplicabilidade da Resolução 125/2010 do CNJ, explicando que nem sempre a sentença resolve o problema, pois o ambiente é de tensão e os processos são demorados. Explica que será necessário mudança de postura cultural, no

46 - BRASIL. Lei nº 13.105 de 17 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo**, Brasília, DF, 17 mar. 2015

47 - FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 510-511.

48 - **Conselho Nacional de Justiça**. Quem somos. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em 28 de junho de 2015.

sentido de ouvir a parte, objetivando a redução da litigiosidade. Para isso é fundamental a parceria dos NPJ's com os Tribunais, através das Varas de Família. Segundo o Ministro, trata-se de uma visão multidisciplinar, envolvendo os membros do Judiciário, advogados, psicólogos e assistentes sociais⁴⁹.

Ainda sobre as formas de solução de conflito, o Min. Buzzi ressalta que o Estado já tem buscado mudar a lei, e não é de hoje, conforme a Constituição Federal de 1824, em seu art. 161, bem como com o advento da Lei nº. 9099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais⁵⁰.

As ideias não param por aí, no Estado do Ceará também é desenvolvido um programa com o mesmo objetivo. No ano 1998, criou o projeto Casa de Mediação Comunitária, sendo que no primeiro semestre de 2014 foram instaurados 1.212 procedimentos, com a realização de 689 mediações, ou seja, o índice de sucesso chega a 83,56% dos casos⁵¹.

São ações como essas que fazem a diferença nas ações de inclusão social e acesso à justiça. E agora, com a entrada em vigor do NCPC, os centros e solução consensual de conflito serão uma realidade a ser desenvolvida pelos tribunais e certamente representarão um ganho social e representarão uma justiça restaurativa de verdade, pacificando os conflitos e mantendo as relações familiares íntegras, capazes de sustentar seus laços afetivos mesmo após um rompimento jurídico do casamento.

4 - CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou abordar a evolução conceitual que as famílias têm apresentado e da necessidade de uma resposta estatal adequada aos possíveis conflitos envolvendo seus integrantes.

Ficou evidenciado que desde os tempos do Direito Romano, as famílias tinham alternativas consensuais de separação e que com o passar dos tempos e da evolução social, as medidas foram sendo aperfeiçoadas. Contudo, nem sempre as pessoas confiaram nos meios alternativos de solução de conflito, por diversas razões, inclusive por temerem que a solução não fosse tomada pelo Estado-juiz. É justamente por este ponto que por muito tempo a mediação deixou de ser aplicada no ordenamento jurídico pátrio.

Evidentemente que faltam poucos meses para que os tribunais estabeleçam e criem seus centros de solução consensual de conflito, já que o Novo Código de Processo Civil entrará em vigor no dia 17 de março de 2016.

Importa salientar que para que estes centros tenham força e sejam de fato instrumentos de acesso à justiça e promoção da dignidade da pessoa humana, é preciso mudar a concepção da cultura litigiosa. Pois para falar em mediação é necessário fazer com que as pessoas dialoguem, estejam receptivas à conversa de forma a chegarem elas mesmas em uma solução para seus conflitos.

Tanto os profissionais que já atuam na área como os acadêmicos precisam estar atentos nas novas disposições e dispostos a aprenderem a ver o conflito com outros olhos, ou melhor, precisamos aprimorar nossas técnicas de audição. É preciso desenvolver um espírito pacificador, que deixe de lado vencedores e vencidos, que não estejam utilizando do processo para fazer verdadeiros ringues de luta.

A cultura jurídica do conflito precisa ser revista. É nos bancos acadêmicos que a mudança deve começar. É possível alcançar esse objetivo com práticas de estudos em grupo, de seminários interdisciplinares voltados à área, para demonstrar que outros profissionais, como psicólogos, terapeutas e assistentes sociais são importantes no processo de solução de conflito, especialmente no Direito de Família.

Muitas vagas surgirão com essa nova modalidade. Serão necessários a contratação de conciliadores, mediadores, psicólogos, terapeutas, assistentes sociais, todos com um objetivo: ouvir as partes e inspirar as pessoas a resolverem seus conflitos sem a necessidade da intervenção de um terceiro estranho à relação, ou seja, o juiz detém o conhecimento técnico, mas cada família conhece suas necessidades e

49 - Min. Marco Aurélio Buzzi do STJ. **Palestra "Falando em Família"**. Ocorrida em 15 de maio de 2015, na cidade de Ponta Grossa – Paraná.

50 - Min. Marco Aurélio Buzzi do STJ. **Palestra "Falando em Família"**. Ocorrida em 15 de maio de 2015, na cidade de Ponta Grossa – Paraná.

51 - **A mediação como instrumento de solução de conflitos familiares**. Jovina d'Ávila Bordini e Luciano Tonet. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bf0c0d36a5a3f240>>. Acesso em 23 de julho de 2015.

limitações próprias. Assim, uma solução dada pelas partes terá muito mais efeito prático e pacificador do que uma sentença proferida pelo magistrado.

A mediação, agora prevista no NCPC e também na Lei 13.140, será um instrumento muito eficaz, principalmente nos conflitos oriundos das relações afetivas, pois as vantagens da autocomposição são inúmeras, tais como: diminuição do tempo em relação ao processo comum, redução das despesas e custas processuais, sigilo, respeito, autonomia de vontade e muito mais dignidade aos litigantes, que serão poupados do desgaste de uma audiência de instrução, que expõe seus sentimentos, fraquezas e decepções. Sem contar que nem sempre a solução trazida pelo magistrado através da sentença trará paz aos envolvidos, bem como a sentença que põe fim ao processo, da mesma forma imporá o fim ao conflito, pois do processo existe a cultura de vencedor e vencido, o que por si só já revela a insatisfação pessoal.

Assim, a mediação será capaz de dar uma resposta adequada e personalizada para cada família em conflito. Respeitando a dignidade das pessoas e proporcionando a segurança jurídica tão almejada pelos jurisdicionados.

As experiências com as políticas e programas do CNJ, como, por exemplo, os CEJUSC's, revelam através dos números que os resultados obtidos com a autocomposição são surpreendentes em relação ao número de acordos, se comparados aos que são realizados dentro do procedimento comum.

Enfim, diante da necessidade de criação dos centros de solução consensual de conflito, conforme determinação do Novo CPC, precisamos estar atentos e dispostos, propondo uma mudança de cultura para que a mediação seja difundida e bem aceita pela sociedade. E essa mudança deverá partir dos cursos de Direito, com discussões sobre o tema, grupos de estudo, realização de seminários, inclusive interdisciplinares, bem como com o desenvolvimento de parcerias entre os núcleos de prática jurídica com os Tribunais Estaduais, através das varas locais.

Afinal, o direito nasce da natureza humana e destina-se aos próprios homens, por isso a justiça verdadeira é aquela capaz de realizar a pacificação social.

5 - AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pelo dom da vida.

Ao meu esposo André Battezzati, que com seu incentivo me impulsiona a buscar sempre mais e que me entende mesmo que eu não diga uma palavra.

À minha família, minha mãe Selma, meu irmão Gilmar, meus sobrinhos Nathan e Davi e meus tios, especialmente minha madrinha Nadir, que sempre com seu carinho e reconhecimento incentivaram minha caminhada.

À FATEB, que me acolheu no início da minha carreira e me proporciona diariamente conhecimento, pois a melhor forma de se aprender é ensinando.

Ao Professor Mestre Renê Francisco Helmann, que com seu dinamismo contagia nossa profissão e nos leva a buscar novos horizontes.

Aos colegas de trabalho, professores dedicados e comprometidos com o ensino partilham seus conhecimentos.

REFERÊNCIAS

A mediação como instrumento de solução de conflitos familiares. Jovina d’Avila Bordini e Luciano Tonet. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bf0c0d36a5a3f240>>. Acesso em 23 de julho de 2015.

BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988.
BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 1973.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 17 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 jun. 2015.

CACHAPUZ, Rozane da Rocha. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. 1. ed. (ano 2003), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil. Volume 1**. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Conselho Nacional de Justiça. Quem somos. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em 28 de junho de 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Exame de Ordem e a proteção da sociedade. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/24978/artigo-exame-de-ordem-e-a-protecao-da-sociedade>>. Acesso em 20 de julho de 2015.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência Emocional: A teoria revolucionária que define o que é ser inteligente**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. Tradução Pietro Nasseti. Coleção a obra-prima de casa autor. São Paulo: Ed: Martin Claret, 2003.

MACKAY, Ian. **Como ouvir pessoas**. São Paulo: Nobel, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, volume 2: processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições; recursos, sentenças e outros**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Min. Marco Aurélio Buzzi do STJ. **Palestra “Falando em Família”**. Ocorrida em 15 de maio de 2015, na cidade de Ponta Grossa – Paraná.

Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <www.tjsp.jus.br/Download/.../ApresentacaoCEJUSCSparcerias.ppt>. Acesso em 30 de julho de 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a Audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento**. *Revista de Processo – RePro*. Ano 40. Volume 243. Maio de 2015. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TOWNSEND, Elisa Corrêa dos Santos. **Mediação no novo CPC**. *Revista de Processo – RePro*. Ano 40. Volume 242. Abril de 2015. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família. vol. 6**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Coord.) . **Novo Código de Processo Civil Comparado: artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E AS NULIDADES NO NOVO CPC

Camila Viana Ribas

Hérica de Fátima Dias

Monyke Oliveira

Área de concentração: Direito

Grupo de Trabalho: A efetividade do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade fazer um estudo aprofundado da estrutura de nulidades do novo código de processo civil, buscando entender conceitos bases para esta estrutura, como o princípio da instrumentalidade das formas, que busca ver o processo como um meio de efetivação do direito material, e o formalismo-valorativo, que diz respeito aos valores empregados às formas processuais, bem como os reflexos destes elementos no novo CPC.

Palavras-chave: *Novo Código de Processo Civil; instrumentalidade das formas; formalismo-valorativo; estrutura de nulidades.*

ABSTRACT

This paper aims to make a thorough study of nonentities structure of the new civil procedure code, seeking to understand concepts foundation for this structure, as the principle of instrumentality of forms, seeking to see the process as a means of realization of the right stuff and formalism-evaluative, with regard to the values used the procedural forms and the reflections of these elements in the new cpc.

Key-words: *New Code of Civil Procedure; instrumentality of ways; formalism-evaluative; nonentities structure.*

Metodologia Científica

Para a realização do presente artigo científico foi utilizado o método de pesquisa dedutivo, na modalidade bibliográfica, através de obras literárias de doutrinadores consagrados e artigos científicos buscados na internet.

1 - INTRODUÇÃO

Para que se possa fazer uma análise da estrutura de nulidades no Novo Código de Processo civil, é necessário que se entenda conceitos que lhe servem como base e norte, sendo esses o princípio da instrumentalidade das formas e o formalismo-valorativo.

Sabemos que o processo, até o século XIX, não era uma ciência. Dependente do direito material, a partir do século XIX há uma quebra de paradigma e o processo passa a ser um fim em si mesmo. As quebras de paradigmas são necessárias e sustentam o nosso sistema¹.

1 - ALMEIDA, Jansen Fialho de. **O Juiz e o Princípio da Efetividade no Novo CPC**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242897/000923120.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20/04/2015. P.272

No decorrer da evolução do direito processual como ciência, houve três fases distintas: sincretista, autonomista e instrumentalista².

Antes de o direito processual se tornar um ramo independente do direito, ele atravessou uma fase em que não passava de um adendo do direito material. Esta fase é denominada de Sincretismo jurídico, fase esta que perdurou até meados do século XIX. Nesta fase, o direito material e o direito processual eram institutos confundidos, mesclados, onde se estudava somente o direito material. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra *A Instrumentalidade do Processo*, nessa fase a ação se caracterizava como o próprio direito material violado, a jurisdição como a responsável legal sobre esses Direitos e o processo era visto somente como a sucessão dos atos, os procedimentos a serem seguidos³.

Quando esse conceito sincretista de direito processual começou a ruir no século XIX, iniciou-se a fase do Autonomismo, onde se começou a perceber que na medida em que as ações são diversas, elas precisam ser tratadas de maneira diversa, sendo a ação pertencente ao direito processual, e não material, como se pensava. Segundo Dinamarco, “a primeira dessas repercussões foi a tomada de consciência para a autonomia da relação jurídica processual, que se distingue da de direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos e seu objeto”⁴. Isso significa que na fase autônoma o direito processual passou a adquirir autonomia científica, representando uma grande evolução no ramo do direito processual, pois foi aí que começaram a surgir teorias sobre a natureza jurídica da ação e do processo. Entretanto, a preocupação com a conceituação e a criação de mecanismos para o processo foi tanta que a sua finalidade e o seu impacto na vida das pessoas foram deixados de lado, ocasionando na ausência de postura crítica do processo⁵.

Quando se começou a pensar nos resultados ao fim do processo, nasceu o pensamento instrumentalista, que é o foco do presente trabalho. Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, em sua obra *Direito e Processo: influência do Direito material sobre o processo*, a fase instrumentalista “é a conscientização de que a importância do mecanismo estatal de solução de controvérsias está diretamente relacionado aos resultados por ele produzidos”⁶. Para Márcia Pessoa Toscano, o princípio da instrumentalidade “é o que melhor reflete a evolução dos tempos e mais bem representa os valores do Estado Democrático de Direito, por primar pela busca da tutela jurisdicional efetiva”⁷.

Se nós entendemos que o processo é um caminho para atingir a efetivação do direito material, nós o entendemos como um instrumento. Surgiu a preocupação com as finalidades do processo, em tornar o processo efetivo e em como ele vai chegar ao seu destinatário final, que é o povo. Aqui, o processo não é um fim em si mesmo, ele é um instrumento a serviço da pacificação social. O que deve ser analisado é se o processo atingiu a sua finalidade, sem causar nenhum prejuízo, sendo a instrumentalidade uma garantia dada às partes em litígio. Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves, em sua obra *Novo Curso de Direito Processual Civil*, “o processo não é um bem que se aspira por si mesmo, mas um meio de obter a solução dos conflitos de interesses e a pacificação social”⁸.

Quando se admite o processo como um instrumento a fim da paz social e a infiltração de valores no mesmo, se constitui um meio de assegurar aqueles direitos fundamentais que foram trazidos pela Constituição Federal de 1988, onde o processo não é um sistema puramente técnico, mas que busca a efetivação de tais direitos e a resolução dos conflitos sociais. Dinamarco traz uma ilustração desses valores no processo com o exemplo do efeito da revelia. A revelia acontece quando o ato judicial se concretiza com a falta de defesa no processo. Segundo Dinamarco, nem o Código de Processo Civil conseguiu fazer com que essa sanção fosse aplicada rigorosamente, tendo em vista as injustiças que podem acarretar a sua aplicação. Para Dinamarco, essa postura representa um manifesto instrumentalista no sistema processual⁹.

2 - FREITAS, Renato Alexandre da Silva. **O Acesso à justiça e instrumentalidade do processo**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/13_181.pdf. Acesso em: 25/07/2014. p.4.

3 - DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.18.

4 - Ibid., p. 19.

5 - BRANDOLIZ, Nelson Mancini. **As Relações recíprocas entre Direito Material e Direito Processual**. Disponível em: <http://inter temas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2391/191> Acesso em: 10/04/2015. p.5.

6 - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do Direito Material sobre o processo**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P.20

7 - TOSCANO, Marcia Pessoa. **Princípio da instrumentalidade substancial das formas e o ativismo judicial**. Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-content/uploads/2010/11/Artigo-Marcia-Toscano.pdf>. Acesso em: 26/04/2015. p.5.

8 - GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 3ª edição, 2006. P.5.

9 - DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.24.

Dinamarco ensina que a instrumentalidade é uma premissa para os que defendem diversos princípios jurisdicionais e processuais:

É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução ¹⁰.

2 - A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E A CONSTITUIÇÃO

No campo constitucional, a instrumentalidade atua no sentido da preocupação com os princípios trazidos pela Constituição, como a liberdade e a igualdade. Segundo Dinamarco, estudando a relação da constituição com o processo, pode-se perceber dois posicionamentos: a *tutela constitucional do processo* e a *jurisdição constitucional do processo*. A *tutela constitucional do processo* diz respeito à relação Constituição-processo e prevê a submissão do sistema processual aos princípios emanados da Constituição Federal. A *jurisdição constitucional* é a relação processo-Constituição, que entende que a jurisdição só se legitima se for compatível com os valores da Constituição, assegurando, dessa forma, a supremacia da Constituição¹¹.

Sendo o sistema processual, um instrumento segue as mutações sofridas pela Constituição, bem como os seus valores. “O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar”¹². Sendo esses valores reflexos histórico-culturais da sociedade, conforme a mesma vai avançando, eles não podem manter-se imóveis, então acompanham essa evolução, assim como os princípios processuais, que não devem ser tomados como imutáveis. O processo visto como um instrumento a serviço social garante a acessibilidade ao judiciário, a legalidade processual e promove a igualdade entre as partes. Tudo isso através de princípios que norteiam o sistema processual, como o princípio do contraditório, onde através da informação e do diálogo entre as partes o juiz vai retirar o contraditório substancial para construir a síntese de sua decisão, e a ampla defesa, que consiste na permissão para que as partes produzam todo tipo de provas lícitas para tentar provar o seu direito ¹³.

Dinamarco também traz aspectos que demonstram o descompasso na relação Constituição e processo. Um exemplo citado pelo autor é que muito pouco se alterou no sistema processual desde a passagem pelo período militar, onde muito pouco se tinha de liberdades individuais. A justificativa para esse descompasso é que no Brasil não houve nenhum ato revolucionário verdadeiro ¹⁴.

2.1 - A Instrumentalidade das formas

O princípio da instrumentalidade das formas, que rege a validade dos atos processuais em geral, subordina-se a dois outros princípios que condicionam a sua admissibilidade: o da finalidade do ato e o da ausência de prejuízo ¹⁵.

Para Marcia Pessoa Toscano, “mormente em sua feição substancial, o princípio da instrumentalida-

10 - Ibid., p. 25.

11 - Ibid., p. 27-30.

12 - Ibid., p. 33.

13 - Ibid., p. 36.

14 - Ibid., p. 43-44.

15 - SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **O sistema de nulidades processuais e a instrumentalidade do processo**. Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 87, p.35-58, out./nov., 2007 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_87/artigos/pdf/leidemaria_rev87.pdf. Acesso em: 26/04/2015. p. 46. Apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Nulidade Processual e Instrumentalidade do processo: a não intervenção do Ministério Público e a nulidade do processo**. Revista de Processo, São Paulo, n. 60, p. 32-33, out./dez. 1990.

de das formas está associado à efetividade, procurando satisfazer de maneira célere – sem deixar de ser responsável – aos que suplicam o auxílio do Poder Judiciário na solução de seus litígios¹⁶.

Segundo Bedaque:

A visão instrumentalista do direito processual faz com que, na análise do tema nulidade ganhe destaque especial o princípio da instrumentalidade das formas. Na medida em que todo o sistema processual dever ser estruturado à vista do seu escopo, da sua função perante o direito material e para a pacificação social, também os atos processuais devem ser analisados em face do objetivo que tem a alcançar. E é por isso, somente por isso, que necessitam eles atender à forma previamente estabelecida em lei. A forma do ato serve como meio para a consecução de seu escopo; as regras que dispõem sobre a forma do ato processual não tem um fim em si mesmas.¹⁷

Nesse mesmo sentido, disciplina Leide Maria Gonçalves Santos:

A observância de preceitos de forma representa uma garantia para as partes de que o processo seguirá um modelo legal previamente estipulado, entretanto a instrumentalidade das formas é caminho posto para sobrelevar a efetividade do processo em detrimento da observância da forma dos atos processuais¹⁸.

2.1.1 - A Instrumentalidade na Finalidade do Processo

Segundo Dinamarco, “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina”¹⁹. Dinamarco ensina que de nada adianta a instrumentalidade no processo se os seus objetivos não são fixados, e essa fixação dos escopos equivale a revelar o seu grau utilidade²⁰.

Com relação à jurisdição, a instrumentalidade é “a técnica jurídica a serviço dos objetivos políticos e sociais”²¹. Essas formas processuais foram surgindo para dar previsibilidade e segurança jurídica às partes, para que o processo atinja sua finalidade social e jurídica.

Observando a finalidade do processo, o princípio da instrumentalidade das formas está em consonância com o devido processo legal, na medida em que ele aproveita os atos processuais que, embora não tenham sido praticados da forma correta, não causaram prejuízo à finalidade processual²².

2.1.2 - O Princípio da Instrumentalidade e seus Reflexos no Processo Civil

Sendo o processo um meio de efetivação do direito material e, conseqüentemente, de pacificação social, devemos entender quais são os seus reflexos na realidade processual. Lênio Luiz Streck traça uma crítica a esse princípio:

Princípio da instrumentalidade processual: por intermédio desse princípio, que trata do desprezo das formalidades desprovidas de efeitos prejudiciais, autoriza-se o juiz estabelecer os caminhos necessários para chegar a um determinado lugar, desde que não cause prejuízo as partes. Um exemplo é a fixação de multa com caráter inibitório por

16 - TOSCANO, Marcia Pessoa. **Princípio da instrumentalidade substancial das formas e o ativismo judicial**. REVISTA ELETRÔNICA DÍKE vol. 1, no 1 (jan/jul 2011). Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-content/uploads/2010/11/Artigo-Marcia-Toscano.pdf>. Acesso em: 26/04/2015. p.4

17 - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Nulidade Processual e Instrumentalidade do processo: a não intervenção do Ministério Público e a nulidade do processo**. Publicado em: abr/jun de 1990. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/z78w4y.pdf>. Acesso em: 18/04/2015. p.55

18 - SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **O sistema de nulidades processuais e a instrumentalidade do processo**. Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 87, p.35-58, out./nov., 2007 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_87/artigos/pdf/leidemaria_rev87.pdf. Acesso em: 26/04/2015. p.50.

19 - DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.24.

20 - Ibid., p. 181.

21 - Ibid., p. 184.

22 - BATISTELLA, Sergio Renato. **O Princípio da Instrumentalidade das Formas e a Informatização do Processo Judicial no Brasil**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Batistella.pdf> Acesso em: 09/04/2015. P5.

arbitramento do juiz. No fundo, é uma aposta na tradicional delegação processual em favor da prudência do juiz. O processo deixa de ser considerado um direito (“material”) para ser um mero instrumento para alcançar um fim maior... A instrumentalidade do processo é herança antiga do paradigma da filosofia da consciência (na verdade, de sua vulgata) ²³.

Segundo Freitas (2008), “a ciência processual civil vive calcada numa visão instrumentalista, preocupada com a eficiência do processo, devendo o processualista moderno buscar meios para tornar o processo cada vez mais efetivo” ²⁴.

Para Leide Maria Gonçalves Santos, “o rompimento do direito processual com padrões conceituais construídos ao longo dos séculos fez surgir um novo direito processual” ²⁵.

O caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais. Chega a ser admirável até que no curto período de apenas um século de ciência tenha sido possível passar do intenso privatismo inerente ao estágio do sincretismo tradicional, ao elevado grau de publicíssimo que agora se vê na disciplina e na ciência do processo. Em resumo: a maior sensibilidade do processo civil aos influxos privatistas, fruto da própria relação de instrumentalidade ao direito privado, vai sendo neutralizada e a tendência, hoje, é a tomada de consciência para os objetivos estatais a serem realizados através dele ²⁶.

Segundo Renato Alexandre das Silva Freitas, “temos que a instrumentalidade está ligada à efetividade do processo, que deve inclinar-se para a busca que atinja a finalidade para a qual ele foi concebido, vale dizer, a realização do direito material” ²⁷.

O processo civil, pois, deve ser instrumento justo e ético de obter a tutela jurisdicional. O respeito à justiça e à ética impõe aos atores do processo e, portanto, a esse próprio instrumento, a irrestrita observância dos princípios constitucionais que lhe são afetos e o respeito aos parâmetros processuais predeterminados ²⁸.

2.2 - Forma processual

Para que se possa entender o conceito de formalismo-valorativo, primeiramente é necessário conhecer o formalismo propriamente dito. O formalismo, ou forma em sentido amplo, trata dos parâmetros processuais, do desenrolar do processo, conferindo ao mesmo previsibilidade e segurança jurídica.

A forma disciplina os limites de atuação dos agentes processuais, limita o poder de decisão do juiz, tendo em vista que, se o processo não fosse ordenado, ocasionaria em uma luta entre as partes, favorecendo a arbitrariedade e o prevalecimento dos mais fortes sobre os mais fracos. Deste modo, a forma em sentido amplo garante segurança jurídica às partes. Para o professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que

23 - STRECK, Lenio Luiz. **O Pamprincipiologismo e a Flambagem do Direito**. Publicado em: 10/10/2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 25/04/2015. p.4

24 - FREITAS, Renato Alexandre da Silva. **O Acesso à justiça e instrumentalidade do processo**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil-13_181.pdf. Acesso em: 25/07/2014. p.279

25 - SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **O sistema de nulidades processuais e a instrumentalidade do processo**. Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 87, p.35-58, out./nov., 2007 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_87/artigos/pdf/leidemaria_rev87.pdf. Acesso em: 26/04/2015. p.50.

26 - DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.62.

27 - FREITAS, Renato Alexandre da Silva. **O Acesso à Justiça e Instrumentalidade do Processo**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil-13_181.pdf. Acesso em: 25/07/2014. p.280.

28 - LÚCCI, Guilherme. **Declaratórios Devem Ser Acolhidos em Caso de Erro Sobre o Fato**. Publicado em: 16/10/2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-16/guilherme-lucci-embargo-acolhido-erro-fato>. Acesso em: 25/04/2015.p.2.

exercem o poder do estado”²⁹. Em sua obra *Do formalismo no Processo Civil*, o professor disciplina que o formalismo apresenta-se mais abrangente e indispensável e indica as fronteiras para o começo e fim do processo, coordenando a atividade processual e trabalhando como um poderoso fator de igualação³⁰.

A forma delimita os parâmetros do ato processual, contendo todo o conjunto de atos que são necessários para a validade do processo, disciplinando o modo, o lugar e o tempo. Desta forma, uma aplicação rígida da forma processual não é favorável, pois a forma é necessária na medida em que a finalidade processual é alcançada, sem causar prejuízo às partes. Da mesma forma que uma liberdade excessiva dos atos processuais, sem o regramento necessário, impossibilitaria que o processo chegasse a sua finalidade. É aí que entra o princípio da instrumentalidade das formas, pois para ele, se o escopo processual fora alcançado, sem causar danos às partes e lhes entregando o direito que lhes é devido, o processo é válido, mesmo que em seu decorrer tenha ocorrido algum vício³¹. Assim disciplina o artigo 188 do Novo Código de Processo Civil:

*Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir; considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial*³².

Ainda assim, mesmo que expresso em lei, o ato processual que atingir sua finalidade, será considerado válido³³. Isto se dá segundo os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual.

O novo CPC disciplina, ainda, os dias úteis e as horas para a realização do processo (art. 212), o horário para a prática eletrônica do ato processual (art. 213), a suspensão ou não dos atos processuais nas férias forenses e nos feriados (arts. 214, 215, 216) e o lugar onde se dá o processo, que em regra é na sede do juízo (art. 217). O novo CPC disciplina também que os atos processuais são públicos, as exceções a essa regra (art. 189) e a obrigatoriedade do uso da língua portuguesa (art. 192), entres outros³⁴.

2.2.1 - Formalismo-Valorativo

Na medida em que o processo é um meio de ligação entre o ser e o dever-ser, ele não deve ser tomado como um mero emprego de técnicas. Sendo o processo um produto do homem, automaticamente ele é produto de sua cultura, sendo que a cultura é a transcrição dos valores de uma sociedade, valores esses que estão impregnados em tudo que o homem produz. Dessa forma, nas normas processuais encontram-se refletidos hábitos, modos e experiências de determinada sociedade em determinado tempo. Ainda segundo Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o direito processual é o direito constitucional aplicado, pois ele reflete os valores fundamentais trazidos pela constituição, servindo como um verdadeiro instrumento de justiça social³⁵. Guilherme Rizzo Amaral explica essa ideia:

*Imagine-se projetar uma ponte, prever as suas dimensões, escolher o material de que será constituída, o seu desenho e inclinação, sem conhecer o terreno sobre a qual será erguida. No papel, poderá parecer esta a ponte perfeita em suas linhas métricas, mas estará fadada a ruir se inadequada ao terreno. Assim é com o formalismo. Para concebê-lo, é necessário conhecer o campo de sua atuação. E este não é o processo, mas o campo social, político e econômico, o lugar e o tempo em que aquele se insere, as pessoas que irão operá-lo, e aquelas que dele participarão e a ele se sujeitarão*³⁶.

29 - OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*. Ed. 2 rev. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. P.7.

30 - *Ibid.*, p. 7-8.

31 - WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil V.1*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2006. P.165-166

32 - BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. P.80.

33 - WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil V.1*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2006. p. 166.

34 - BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. P.81-82.

35 - OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm Acesso em: 09/04/2015. p.3.

36 - AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do Formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13144/000582345.pdf?...1> Acesso em: 08/05/2015. P.36.

Dessa forma, o formalismo reflete os valores sociais e culturais reconhecidos pela sociedade combinados com aqueles emanados pela constituição e pelas leis. Os valores que se apresentam essenciais no formalismo processual são a efetividade e a segurança, valores estes que são direcionadores, no sentido de direcionar para qual rumo seguirá o processo, orientadores, no sentido de orientar a decisão do juiz, e também instrumentais, na medida em que se preocupam com a finalidade do processo. Esses valores encontram-se em constante conflito, no sentido de que quando mais efetividade, menos segurança, e vice-versa³⁷. Assim, o professor Álvaro de Oliveira disciplina:

*A segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da Constituição da República (art. 1º, caput), de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade [...] A sua vez, a efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus*³⁸.

Levando em consideração esses valores trazidos pela Constituição, como mencionado acima, não se pode haver uma supervalorização do rito, de forma que conduza a ruptura com o sentimento de justiça. O jurista deve estar apto para afastar esse tipo de calamidade do formalismo negativo.

2.2.2 - As influências do formalismo-valorativo no Novo CPC

Os juristas responsáveis pela elaboração do Novo Código de Processo Civil reconheciam que um dos pontos que merecia indispensável atenção é com relação à ineficiência do sistema processual. Dessa forma, eles priorizaram alguns aspectos: ter sempre em mente que deve haver uma relação íntima entre o NCPC e a Constituição Federal; criar meios para que o juiz dê sentenças mais próximas da realidade do fato; ajudar na simplificação e na complexidade e dar ferramentas para que o sistema se organize de forma mais coesa³⁹.

As influências do formalismo valorativo é um tema ainda não muito tratado pelos doutrinadores brasileiros. O formalismo valorativo no Novo Código de Processo Civil busca evitar o excesso do formalismo presente atualmente nos órgãos onde se tramita o processo, de maneira que visa facilitar o trabalho do órgão jurisdicional, que ainda adota um rigorismo excessivo que pode gerar consequências para o processo. Atuando como um grande elemento na efetividade do processo, gerando segurança jurídica, ou seja, o formalismo valorativo é um reforço da ética e da boa-fé no processo⁴⁰.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira fala sobre a relação entre os princípios processuais e o formalismo:

*[...] não se pode deixar de notar a decantação, fruto do trabalho dos séculos, de uma série de princípios, chamados a representar o papel de “direitos fundamentais” das partes em face do juiz, do adversário e de terceiros. Essas características ostentam, sem dúvida, um caráter formal ou procedimental-estrutural, porquanto não determinam o seu conteúdo ou substância, mas o modo, pelo menos a estrutura do modo, a maneira como se deve desenvolver a função jurisdicional*⁴¹.

37 - OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo**. Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm Acesso em: 09/04/2015. p.3.

38 - Ibid., p. 4.

39 - LOURENÇO, Haroldo. **O Neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no Novo CPC**. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/55-volume-2-n-2-fevereiro-de-2012/175-o-neoprocessualismo-o-formalismo-valorativo-e-suas-influencias-no-novo-cpc> Acesso em: 09/05/2015. p. 20-21.

40 - LOURENÇO, Haroldo. **O Neoprocessualismo, O formalismo valorativo e suas influências no Novo CPC**. 2011. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_74.pdf Acesso em 19/05/2015;

41 - OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil**. Ed. 2 rev. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2003; p.77.

Através dessa ideia, podemos notar alguns princípios, assegurados pela Constituição Federal, trazidos pelo Novo Código de Processo Civil, como no artigo 7º que disciplina paridade de tratamento entre as partes e também o contraditório, baseado no art. 5º da Constituição Federal, onde é assegurada a igualdade entre todos.

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, ao ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório⁴².

2.2.3 - Instrumentalidade e Formalismo-Valorativo

Segundo as ideias do professor Haroldo Lourenço, a instrumentalidade é um meio que só tem significado ou sentido quando justifica ao fim que se destina. O formalismo valorativo é o neoprocessualismo, só que com mais ênfase na ética e na boa-fé. O direito processual é o direito constitucional na prática, isso significa que o processo não se limita na realização do direito material, ele vai mais além, é ferramenta que todos os poderes devem utilizar para aplicação da justiça e da pacificação da sociedade⁴³.

A efetividade e a segurança são valores indispensáveis dentro do processo, mas precisam ser dosados na medida certa, pois, quanto maior a efetividade menor será a segurança e quanto maior for a segurança menor será a efetividade⁴⁴.

2.3.- NULIDADES PROCESSUAIS

A nulidade ocorre quando o ato é praticado sem a observância de um requisito de validade. Distingue-se da irregularidade porque esta não provoca nenhuma consequência e da inexistência porque, a partir de um determinado momento, será também sanável⁴⁵.

Tereza Arruda Alvim Wambier, em seu livro Nulidades do processo e da sentença, traz que nulidade “é o estado em que se encontra o ato, que o torna possível de deixar de produzir seus efeitos próprios e, em alguns casos, destrói os já produzidos”⁴⁶.

Segundo Humberto Theodoro Junior, a nulidade é uma sanção que incide sobre a declaração de vontade contrária a algum preceito do direito positivo. Ou seja, é uma sanção ao vício de um determinado ato processual. Essa sanção – privação de liberdade – admite, porém, graus de intensidade⁴⁷.

No curso do processo, se o juiz detectar alguma nulidade, determinará a correção, ordenando, se necessário, que o ato processual contaminado, e os a ele interligados, sejam refeitos. Encerrado o processo, haverá ainda a possibilidade de, por meio de ação rescisória, reclamar de algumas nulidades. Mas, findo o prazo da rescisória, a nulidade será sanada. A inexistência, por sua vez, não se sana nunca, podendo ser arguida a qualquer tempo⁴⁸.

2.3.1 - Distinção Entre Nulidade Absoluta, Relativa, Ato Irregular e Inexistente.

Conforme Ney Alves Veras em seu livro Manual de Direito Processual Civil, as nulidades que podem atingir um ato processual podem ser classificadas em nulidades absolutas, relativas, irregularidades e inexistência.

42 - BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. P.24.

43 - LOURENÇO, Haroldo. **O Neoprocessualismo, o formalismo valorativo e suas influências no Novo CPC**. 2011. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_74.pdf Acesso em 19/05/2015. P.14-15.

44 - Ibid., p. 16.

45 - GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. – São Paulo: Saraiva, 2011. P.270.

46 - WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. – 7 ed. Re; ampl. e atual; com notas de referência ao Projeto Novo Código de Processo Civil. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2014. P.129.

47 - THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do direito processual e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P.315.

48 - GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. – São Paulo: Saraiva, 2011. P.271

As meras irregularidades são atos que possuem algum vício, mas não atrapalha em seu resultado. Ou seja, segundo Veras, são atos que desobedecem alguma formalidade que não apresenta relevância para a validade do ato processual (não provocam nenhuma consequência), como a rasura em um documento que não traga dúvida sobre a autenticidade do ato praticado⁴⁹.

Já os atos inexistentes, como o próprio nome já diz, são atos que possuem vícios significativos, em seu processo de formação e ficando assim impossibilitados de existir e produzir os efeitos desejados.

Diferentemente das nulidades relativas e absolutas, o vício que gera a inexistência do ato não se convalida jamais, podendo ser reconhecido na constância da demanda e após o seu encerramento, independentemente de prazo, por meio de mera ação declaratória de inexistência de ato jurídico. Essa é a principal consequência da distinção entre a nulidade absoluta e a inexistência jurídica, porque no primeiro caso, ainda que no processo exista uma nulidade absoluta, haverá trânsito em julgado e, não sendo interposta a ação rescisória no prazo de dois anos, o vício se convalida definitivamente, enquanto a decisão proferida em processo que seja juridicamente inexistente, ou conte com ato juridicamente inexistente que a contamine, não se convalida, podendo o vício ser alegado a qualquer momento. Embora inexistente, é apto a gerar efeitos até que venha decisão judicial declarando-o como tal, da mesma forma que ocorre com as nulidades relativas e absolutas, distinguindo-se destas somente pela impossibilidade de convalidação⁵⁰.

Segundo Veras, se houver infração aos pressupostos processuais de existência, estaremos diante de um ato inexistente, gerando vício insanável. Por consequência, a infração aos pressupostos processuais de validade gera ato nulo⁵¹.

Tanto na nulidade absoluta quanto na relativa há inobservância da forma prescrita em lei. A diferença entre elas se dá no fato de que na nulidade absoluta o interesse violado é o público, ou seja, o resultado que está ameaçado atinge o interesse público; no entanto, na nulidade relativa à forma terá sido imposta em observância das próprias partes do processo⁵².

A nulidade absoluta somente pode ser decretada, de ofício, pelo juiz. A nulidade absoluta não preclui e pode ser alegada a qualquer tempo no curso do processo (salvo recurso especial ou extraordinário) e poderá ser discutida eventualmente em uma ação rescisória, ou seja, após o encerramento do processo. O reconhecimento se dará por qualquer parte no processo, mas somente decretada de ofício.

Mais grave que o vício capaz de gerar a nulidade relativa é o vício que gera a nulidade absoluta, consistente em ato praticado em desrespeito a exigências formais que têm como objetivo a preservação do correto e regular funcionamento da máquina jurisdicional⁵³.

Há casos de nulidades absolutas que só poderão ser invocadas por aqueles que tiveram prejuízo. É o caso das decorrentes da falta de intervenção do Ministério Público quando atua como auxiliar da parte e do curador especial, quando atua em favor de um dos litigantes. Entende-se que só poderá ser alegada se a parte em favor de quem intervém o Ministério Público ou o curador especial tiver sucumbido. Se não tiver sofrido prejuízo, inexistirá a nulidade⁵⁴.

49 - VERAS, Ney Alves...[et al.]. **Manual de direito processual civil, volume único**. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. – (Coleção ícones do direito / coordenação : André Puccinelli Júnior). P.250.

50 - NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. P.405.

51 - VERAS, Ney Alves...[et al.]. **Manual de direito processual civil, volume único**. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. – (Coleção ícones do direito / coordenação : André Puccinelli Júnior). P.254

52 - Ibid., p.271.

53 - NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. P.403.

54 - VERAS, Ney Alves...[et al.]. **Manual de direito processual civil, volume único**. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. – (Coleção ícones do direito / coordenação : André Puccinelli Júnior). P.251.

Já as nulidades relativas devem ser invocadas na primeira oportunidade sob pena de preclusão, e somente poderão ser qualificadas pela parte interessada.

A nulidade relativa, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, o juiz deve aguardar a manifestação da parte interessada, que, se não ocorrer nas formas e prazo determinados pela lei, fará com que o ato relativamente nulo gere eternamente efeitos como se fosse absolutamente regular⁵⁵.

Sempre que a ilegalidade tiver repercussão sobre interesse privado da parte (que, por isso, tem disponibilidade do direito tutelado pela norma ofendida, o que ocorre é anulabilidade ou nulidade relativa). Pela menor repercussão social do vício, a lei reserva o titular da faculdade prejudicada o juízo de conveniência sobre anular o ato defeituoso. Não cabe ao juiz, por sua própria iniciativa, decretar a invalidação do ato apenas anulável. Sem o requerimento da parte interessada, o ato de convalida (é como se não portasse o defeito que nele se instaurou)⁵⁶.

Com a sanção do Novo Código de Processo Civil em março deste ano, não se observa grandes modificações no assunto de nulidades, entre o CPC de 73 e o atual. O que se observa é uma modificação referente à falta da intervenção do Ministério Público e as nulidades nos atos processuais.

Teresa Arruda Alvim Wambier nos traz que a nulidade no campo civil e processual tem abordagens diferentes, como expressa neste trecho publicado em um artigo.

A doutrina tem advertido que as nulidades no campo processual não possuem o mesmo enfoque que no direito civil. Enquanto que no direito civil a nulidade não comporta saneamento, ou seja, o vício do ato não pode ser sanado e na anulabilidade (ou nulidade relativa) “prevalece o interesse particular para a obtenção da ineficácia ou para que os seus efeitos corram normalmente”, no direito processual “a finalidade do ato e o prejuízo foram postos como critérios fundamentais para o acolhimento ou a rejeição da nulidade argüida pela parte”⁵⁷.

2.3.2 As Nulidades e o Princípio da Instrumentalidade das Formas

O princípio da instrumentalidade das formas, segundo Tereza Wambier, “decorre a tendência, que dá sentido a fora, de abordagem contemporânea do sistema de nulidades processuais, consiste em salvar o processo”⁵⁸.

Salvar o processo, pode significar desconsiderar o desrespeito a forma ou determinar que a desconformidade com o preestabelecimento seja corrigida. Isto significa que deve ser dada ênfase à vocação do processo que é a de produzir sentença de mérito⁵⁹.

Para Veras, o princípio da instrumentalidade das formas resulta que não será declarada a nulidade, seja absoluta ou relativa, de um ato processual em que não houver prejuízo. Ou seja, caso haja um vício no ato, mas o processo alcançou o seu objetivo, não poderá ser decretada a nulidade. Para ele o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para que se saiba se há de fato um direito⁶⁰. Nesse sentido, entende-se aqui a questão do formalismo exacerbado e o quanto ele pode ser prejudicial para

55 - NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – 7. ed. rev., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. P.401.

56 - THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do direito processual e processo de conhecimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. P.315.

57 - LOUREIRO, Valtair Lemos. **O Ministério Público e o sistema de nulidades segundo o projeto do novo Código de Processo Civil.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44390&seo=1>>. Acesso em: 06 de maio 2015. P.

58 - WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença.** – 7 ed. Re; ampl. e atual; com notas de referência ao Projeto Novo Código de Processo Civil. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2014. P.162.

59 - Ibid., p.162.

60 - VERAS, Ney Alves...[et al.]. **Manual de direito processual civil, volume único.** – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. – (Coleção ícones do direito / coordenação : André Puccinelli Júnior). P.250.

o processo, engessando o mesmo, pois, se o processo atingiu seu escopo, embora tenha ocorrido algum vício que não ocasionou em prejuízo, o mesmo será aproveitado. Isso acontece quando o processo atende ao princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual.

Salienta-se que a forma só é necessária para assegurar que o ato processual alcance sua finalidade, mas se isto ocorrer por outro meio, não existirá vício no ato, a exemplo de quando ocorre nulidade da citação, mas o réu comparece e se defende, não havendo razão para a decretação de qualquer nulidade, pois o comparecimento espontâneo do réu supre a nulidade ou inexistência da citação⁶¹.

Leide Maria Gonçalves Santos em seu artigo “O sistema de nulidades processuais e a instrumentalidade do processo”, nos traz que a instrumentalidade no processo, segundo Dinamarco, não pode ser confundida com a instrumentalidade das formas. “As formas constituem um instrumento a serviço dos objetivos, não sendo racional nem legítima a nulificação do ato viciado quando o objetivo tiver sido obtido”⁶².

Para Leide Maira, “Bedaque [...] faz coro com Dinamarco sobre a tendência contemporânea onde o eixo do estudo do direito processual segue a perspectiva teleológica”⁶³.

(...) os atos processuais devem ser analisados em face do objetivo que têm a alcançar. E é por isso, e somente por isso, que necessitam eles atender à forma previamente estabelecida em lei. A força do ato serve como meio para a consecução de seus escopos; as regras que dispõem sobre a forma do ato processual não têm um fim em si mesmas⁶⁴.

O princípio da instrumentalidade das formas é fundamental para a execução de atos processuais, especialmente quando estes estão relacionados a uma eventual nulidade. Com a aprovação do Novo CPC, este princípio tende a ficar mais fortalecido, especialmente com a questão referente à intervenção do Ministério Público⁶⁵.

Tereza Arruda Alvim Wambier traz também que o princípio da “boa-fé” está ligado ao princípio da instrumentalidade das formas no processo civil. Salienta, porém, que a boa-fé, embora seja relativamente importante, sempre vem entrelaçado com o da instrumentalidade, ofuscando então sua devida importância, pois desempenha o papel “amortecedor”, segundo ela, da aplicação das regras mais rígidas.

O conceito de boa-fé, diz Menezes Cordeiro, é temperado pelo corrigir desvios, sempre possíveis, capacidades dogmáticas reais e permite atingir um dos níveis mais delicados da cultura jurídica atual: o da correção das leis injustas ou inconvenientes, quando aplicadas a casos concretos peculiares⁶⁶.

2.3.3 - Princípio da Economia Processual e as Nulidades no Processo

Como já mencionado acima, o princípio da economia processual é, juntamente com o princípio da instrumentalidade das formas, essencial para a execução dos atos processuais em relação às nulidades⁶⁷.

O princípio da economia processual está intimamente ligado ao sistema de invalidação dos atos processuais. Basta que se observem as inúmeras regras já examinadas, que

61 - Ibid., p.250.

62 - SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **O sistema de nulidades processuais e a instrumentalidade do processo**. Revista Jurídica; Brasília, v. 9, n. 87, p.35-58, out./nov., 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_87/artigos/pdf/leidemaria_rev87.pdf. Acesso em: 27 de abril de 2015. P.49.

63 - Ibid., p.48.

64 - BEDAQUE apud. Ibid., 2007, p. 48.

65 - LOUREIRO, Valtair Lemos. **O Ministério Público e o sistema de nulidades segundo o projeto do novo Código de Processo Civil**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44390&seo=1>>. Acesso em: 06 de maio 2015. P.

66 - WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. – 7 ed. Re; ampl. e atual; com notas de referência ao Projeto Novo Código de Processo Civil. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2014. P.164.

67 - DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil – Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol.1.15ª ed. Salvador – Bahia: Editora JusPODIVM, 2013. P.319

*impõem ao magistrado o dever de tentar extrair a máxima eficácia dos atos defeituosos, exatamente para evitar a sua desnecessária repetição*⁶⁸.

Segundo Fredie Didier, é preciso averiguar a relação de adequação, necessidade e razoabilidade entre o defeito do ato processual e a sanção de invalidade, que dele é consequência⁶⁹.

2.3.4 - Nulidade como sanção: doutrina minoritária e majoritária em análise a superação de pressuposto processual.

Paula Sarno Braga traz que se o juiz pode julgar a causa de forma favorável àquele que foi prejudicado com o vício, aplicando o princípio da instrumentalidade, então não haverá prejuízo para ele que justifique a nulidade. “É o que ocorre quando o juiz supera uma citação defeituosa, que prejudicaria o réu revel, para dar decisão a ele (revel) favorável”⁷⁰.

*A maioria da doutrina brasileira só admite aplicabilidade restrita dessa regra, aceitando que o juiz possa superar a nulidade de UM ATO PROCESSUAL, para julgar o mérito em favor do prejudicado com o defeito (e beneficiado com a nulidade)*⁷¹.

Já a minoria da doutrina defende uma aplicabilidade mais ampla. Segundo Paula Sarno Braga, isto admite que o juiz supere a ausência de pressuposto processual (e nulidade do processo), para que julgue o mérito favorável para o réu. Adverte, porém, que só seria possível para superar vícios menos graves que decorram do desrespeito às regras que protegem interesse das partes, estritamente particulares⁷².

O Novo Código de Processo Civil aparenta seguir a doutrina minoritária, devido a sua aplicação ser mais ampla e simplificada, ressaltando o princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, que visa dar certa celeridade aos processos⁷³.

Com base no artigo 282, §2º do Novo CPC (antigo art. 247, §2º), que diz: “Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”, podemos entender que, se o vício passível de nulidade for menos gravoso, ou seja, decorram do desrespeito às regras que protejam interesse das partes, estritamente particulares, o juiz pode superar a ausência de pressuposto processual (e nulidade do processo), para que julgue o mérito favorável ao réu. Esta prática vem sendo defendida pela doutrina minoritária, mas ressalta que em caso de vícios mais graves ou que correspondam a interesses públicos, não é aplicável. “Se estiver em jogo interesse público, a inadmissibilidade da demanda e nulidade do processo jamais poderia ser superado”⁷⁴.

2.3.5 - Comparativo Novo CPC e CPC de 1973

Para melhor análise na estrutura das nulidades, devemos verificar o que o Código de Processo Civil dizia, e o que o Novo Código de Processo Civil traz de melhorias e diferenças.

As formas de nulidades são descritas no Novo CPC a partir dos artigos 276 ao 281, no TÍTULO III. Podemos analisar que em razão da estrutura das nulidades não houve mudanças significativas, o texto foi mantido tal qual estava descrito no Capítulo V, do Código de Processo Civil de 1973. O art. 276 do NCPC em comparação ao art. 243 do CPC de 1973 foi preservado garantido que a nulidade quando descrita em lei não pode ser descrita pela parte que lhe deu causa. O art. 244 do CPC de 1973 trazia em seu texto que a prescrição não deve ser cominada com a nulidade, e no art. 277 do NCPC, continua garantindo que a parte também possa aproveitar os atos processuais, quando a lei prescreve determinada forma,

68 - Ibid., p.319

69 - Ibid., p.319

70 - BRAGA, Paula Sarno. **Direito processual civil - Teoria geral do processo civil**. 3º ed. Salvador – Bahia: Editora JusPODIVM, 2014. P.217.

71 - Ibid., p.217.

72 - Ibid., p.217-218.

73 - Ibid., p.217.

74 - Ibid., p.217-218.

sem cominação de nulidade, deve ser aproveitado o princípio da instrumentalidade. O art. 278 do NCPC mantém o mesmo texto descrito no art. 245 do CPC de 1973, garantindo às partes a fixação do ônus da nulidade qual deve ser arguida pelas partes no primeiro ato ensejado nos autos, sob pena de preclusão. Sendo que tal regra, no parágrafo único, não se aplica as nulidades decretadas pelo Juiz de ofício, não se prevalecendo a preclusão provando a parte o impedimento⁷⁵.

Chegamos então à parte em que podemos analisar a diferença das nulidades entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Novo Código de Processo Civil, onde declara nulo o processo onde o Ministério Público deve intervir. Sendo a novidade o §2º, em que a nulidade deverá ser decreta após a intimação do Ministério Público nos autos, que deverá então manifestar a respeito da existência ou inexistência de prejuízo⁷⁶.

O quadro a seguir é trazido pelo autor Cássio Scarpinella Bueno, em sua obra Novo Código de Processo Civil Anotado, onde se mostra as diferenças entre o artigo 84 e 246 do CPC de 73 e o artigo 279 do Novo CPC, onde ambos tratam da intervenção do Ministério público, como explicado acima.

CPC – 1973	NCPC
<p>84 – Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.</p> <p>246 - É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.</p> <p>§ único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.</p>	<p>279 – É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.</p> <p>§ 1º Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado.</p> <p>2º§ A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.</p>

(BUENO, 2015, p.205)

2.3.6 O Ministério Público e o sistema de nulidades no Novo Código de Processo Civil

O sistema de nulidades processuais não teve alterações significativas com o Novo Código de Processo Civil sancionado em março deste ano. O que pode se observar são algumas pequenas mudanças quanto à falta da intervenção do Ministério Público no ato processual em que deveria ter ciência.

Tanto na redação antiga quanto na atual, o artigo 246, agora 279, traz que “é nulo o processo, quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir”⁷⁷.

No texto antigo, existia apenas um parágrafo único que diz “Se o processo tiver tramitando sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidara os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado”⁷⁸.

Já no NCPC, houve a introdução de um segundo parágrafo que traz que “As nulidades só podem ser decretadas após a intimação do MP, em que se manifestará sobre a existência ou a inexistência do prejuízo”⁷⁹.

Há casos de nulidades absolutas que só poderão ser invocadas por aqueles que tiveram prejuízo. É o caso das decorrentes da falta de intervenção do Ministério Público quando atua como auxiliar da parte e do curador especial, quando atua em favor de

75 - BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. P.204.

76 - Ibid., p.205

77 - BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. P.105.

78 - BRASIL. **Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. P.385.

79 - BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. P.105.

um dos litigantes. Entende-se que só poderá ser alegada se a parte em favor de quem intervém o Ministério Público ou o curador especial tiver sucumbido. Se não tiver sofrido prejuízo, inexistirá a nulidade⁸⁰.

Com esse segundo parágrafo inserido no art. 279, proporciona a intervenção do Ministério Público, a qualquer tempo no processo e a nulidade só poderá ser decretada após a manifestação dele se há ou não um prejuízo. O que proporciona certa flexibilidade e possibilitando que o Ministério Público verifique se é necessária a decretação da nulidade.

Marcus Vinícius Rios Gonçalves, em seu livro *Direito Processual Civil esquematizado*, traz um esquema geral das invalidades do processo que classifica as nulidades no ato processual civil.

TIPO DE VÍCIO	QUANDO OCORRE	CONSEQUÊNCIAS	RECONHECIMENTO E REGULARIZAÇÃO
Atos meramente irregulares	Decorrem da inobservância de formalidade não relevante	Nenhuma	Desnecessários
Nulidades Relativas	Inobservância da forma estabelecida em benefício de uma das partes.	Deve ser alegada pelo prejudicado na primeira oportunidade, sob pena de preclusão. Só será declarada se trazer prejuízo para o litigante que a alegar.	O reconhecimento depende da alegação pela parte prejudicada, e implicará na retificação ou renovação do ato.
Nulidades absolutas	Inobservância de forma estabelecida em razão do interesse público.	Pode ser conhecida de ofício no curso do processo e não preclui, exceto depois de transcorrido <i>in albis</i> o prazo da ação rescisória.	Se o juiz, de ofício ou requerimento, reconhecer a nulidade, determinará que o ato viciado e os subsequentes dele dependentes sejam renovados. Depois de encerrado o processo, poderá caber ação rescisória, no prazo de dois anos.
Inexistência	Inobservância de forma essencial, estrutural, que constitua pressuposto processual de existência.	Pode ser conhecida no curso do processo e não preclui nunca, podendo ser alegada a qualquer tempo.	Verificando o vício no curso do processo, o juiz determinará para saná-lo mandando que o ato viciado e os subsequentes sejam renovados. Se o processo estiver concluído, poderá ser alegado em ação declaratória de inexistência ou embargos à execução.

(GONÇALVES, 2011, p.274 e 375)⁸¹

3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito processual vive atualmente numa fase instrumentalista. O princípio da instrumentalidade das formas pressupõe que, embora existam atos viciados, aqueles que foram realizados fora da sua forma processual, porém atingiram sua finalidade, não haverá problemas em utilizar esses atos processuais se eles não causaram prejuízo ao processo.

O excesso de formalismo no processo civil é evidente. O novo CPC está em conformidade com a

80 - GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011. P.217 e 273.

81 - GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011. P.274 e 375.

nova visão do formalismo, a qual busca fortificar a relação entre juiz e partes, garantindo com isso maior diálogo e colaboração entre ambos.

O novo Código de Processo Civil não alterou significativamente o sistema de nulidades. O que se pode observar é um fortalecimento no princípio da instrumentalidade, pois este salienta que o processo está mais adequado quanto à forma para efetivação do direito. Este preceito pode ser observado em relação à falta de intervenção do Ministério Público, considerado uma nulidade absoluta. Com a adequação do texto e a inserção do parágrafo 2º possibilita uma flexibilização, somente podendo ser decretada a nulidade do ato após a oitiva do Ministério Público, que poderá ser feita a qualquer momento no processo, não somente quando e se fosse intimado.

Conforme Leide Maria Gonçalves Santos, precisamos adequar as técnicas processuais vigentes, pois vivemos em uma época de evolução no processo civil. O processo precisa ser visto como um instrumento da efetivação da justiça. E com a sanção do novo CPC busca-se exatamente isto, maior celeridade, efetividade culminado com boas decisões judiciais⁸². A visão instrumentalista do processo empresta humanização para o processo em si.

82 - SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **O sistema de nulidades processuais e a instrumentalidade do processo**. Revista Jurídica; Brasília, v. 9, n. 87, p.35-58, out./nov., 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_87/artigos/pdf/leidemaria_rev87.pdf. Acesso em: 27 de abril de 2015.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Jansen Fialho de. **O Juiz e o princípio da efetividade no Novo CPC**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242897/000923120.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20/04/2015. P.272
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação**. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13144/000582345.pdf?...1> Acesso em: 08/05/2015;
- BATISTELLA, Sergio Renato. **O princípio da instrumentalidade das formas e a informatização do processo judicial no Brasil**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Batistella.pdf> Acesso em: 09/04/2015;
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011;
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Nulidade processual e instrumentalidade do processo: a não intervenção do ministério público e a nulidade do processo**. Publicado em: abr/jun de 1990. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/z78w4y.pdf>. Acesso em: 18/04/2015;
- BRAGA, Paula Sarno. **Direito processual civil - teoria geral do processo civil**. 3º ed. Salvador – Bahia: Editora JusPODIVM, 2014;
- BRANDOLIZ, Nelson Mancini. **As relações recíprocas entre direito material e direito processual**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2391/191> Acesso em: 10/04/2015;
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil – Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol.1. 15º ed. Salvador – Bahia: Editora JusPODIVM, 2013;
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003;
- FREITAS, Renato Alexandre da Silva. **O Acesso à justiça e instrumentalidade do processo**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/13_181.pdf. Acesso em: 25/07/2014;
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011;
- GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006;
- LOUREIRO, Valtair Lemos. **O Ministério Público e o sistema de nulidades segundo o projeto do novo Código de Processo Civil**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 jul. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44390&seo=1>. Acesso em: 06 de maio 2015;
- LOURENÇO, Haroldo. **O Neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no Novo CPC**. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/55-volume-2-n-2-fevereiro-de-2012/175-o-neoprocessualismo-o-formalismo-valorativo-e-suas-influencias-no-novo-cpc> Acesso em: 09/05/2015;
- LUCCI, Guilherme. **Declaratórios devem ser acolhidos em caso de erro sobre o fato**. Publicado em: 16/10/2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-16/guilherme-lucci-embargo-acolhido-erro-fato>. Acesso em: 25/04/2015;
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – 7. ed. rev., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015;
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm Acesso em: 09/04/2015;
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. Ed. 2 rev. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2003;
- SANTOS, Leide Maria Golçalves. **O sistema de nulidades processuais e a instrumentalidade do processo**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_87/artigos/pdf/leidemaria_rev87.pdf Acesso em: 22/04/2015;
- STRECK, Lenio Luiz. **O pamprincipiologismo e a flambagem do direito**. Publicado em: 10/10/2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 25/04/2015;
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil - teoria geral do direito processual e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

TOSCANO, Marcia Pessoa. **Princípio da instrumentalidade substancial das formas e o ativismo judicial**. Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-content/uploads/2010/11/Artigo-Marcia-Toscano.pdf>. Acesso em: 26/04/2015;

VERAS, Ney Alves... [et al.]. **Manual de direito processual civil**, volume único. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. – (Coleção ícones do direito / coordenação : André Puccinelli Júnior);

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil V.1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2006;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. – 7 ed. Re; ampl. e atual; com notas de referência ao Projeto Novo Código de Processo Civil. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2014.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Isaquel Maia

Jacieli Aparecida Almeida Bueno

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: A efetividade do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar o direito fundamental à saúde e as barreiras para sua efetivação. Inicialmente será realizada uma abordagem sobre os direitos fundamentais, sua origem e desenvolvimento, chegando aos direitos sociais, dentre os quais se inclui o direito fundamental à saúde. Este trabalho busca conceituar o direito à saúde, demonstrar sua importância e proteção constitucional, bem como analisar o Sistema Único de Saúde e os problemas enfrentados pela saúde pública brasileira.

Palavras-chave: *Direitos Fundamentais, Direito à Saúde, Políticas Públicas.*

ABSTRACT

This article aims to address the fundamental right to health and the barriers to its effectiveness. Initially an approach will be held on fundamental rights, its origin and development reaching social rights, among which includes the fundamental right to health. This paper seeks to conceptualize the right to health, to demonstrate its importance and constitutional protection, and to examine the public health system and the problems faced by the Brazilian public health.

Key-words: *Fundamental Rights, Right to Health, Public Policies.*

1 - INTRODUÇÃO

A abordagem do presente tema, na forma de artigo acadêmico não é tarefa simples, como na realidade não é tarefa simples o enfrentamento de qualquer debate acadêmico por mais simples que o assunto possa parecer. De qualquer forma não resta dúvida que o ambiente acadêmico é terra das mais férteis para a construção do pensamento e enfrentamento de temas desafiadores e, especialmente para a efetivação dos direitos assegurados na Carta Magna erigida a duras penas pelo Constituinte de 1988.

O presente trabalho busca apresentar a temática do Direito Fundamental à saúde, inicialmente com a conceituação do que seja direito fundamental, e a inserção do direito à saúde no rol dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, como cláusula pétrea da Constituição.

2 - METODOLOGIA

O presente trabalho utilizará o método lógico-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, a respeito do tema Direito Fundamental à Saúde, direito este previsto no Texto Constitucional, o qual tem enfrentado diversas barreiras para sua implementação.

Será realizada pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de doutrina, artigos jurídicos, revistas jurídicas, jurisprudência, normas constitucionais e infraconstitucionais.

3 - DESENVOLVIMENTO

O direito à saúde encontra-se dentro do rol dos direitos fundamentais, assim, antes de se adentrar ao assunto em específico, é de suma importância elucidar, mesmo que de forma sucinta, o que vem a ser direito fundamental, como surgiram, seu valor e assim evidenciar a relevância da discussão sobre o direito à saúde, as polêmicas envolvendo o tema e a necessidade de se buscar protegê-lo e de fato efetivá-lo por meio de políticas públicas eficientes.

O que são direitos fundamentais? Vistos pelo ângulo clássico, são conceituados como os instrumentos de proteção do indivíduo frente ao Estado. Assim sendo, eles garantem ao indivíduo maior liberdade e proteção. Surgiram exatamente com a finalidade de impor limites ao poder do Estado frente aos indivíduos.

Com o advento da revolução industrial e do capitalismo, ocorreram grandes mudanças sociais, econômicas, filosóficas e jurídicas. A sociedade então na sua maioria camponesa migra para os novos centros urbanos na busca de empregos gerados pela instalação de indústrias. Abandona o campo e migra para as cidades, mudando completamente o quadro social que se tinha até então, gerando uma grande urbanização e surgimento de uma nova classe social, o proletariado.

Com essa nova reorganização social, surgem novas demandas, especialmente com o atendimento dessa gama de trabalhadores lançados à sua própria sorte nos centros urbanos. Essas mudanças demandaram maior organização do poder estatal no intuito de suprir as necessidades e adaptar-se à nova realidade, isso porque o modelo antigo de governar já não era suficiente. As influências dessa metamorfose social foram tão notórias que, ao final do século XIX, ocorreu a transição do estado liberal para o estado social, especialmente para atender as necessidades sociais dessa gama de indivíduos.

O Estado, que tinha política não intervencionista, começa a intervir de maneira positiva em reorganização dos meios de acesso aos bens sociais. Neste momento, surgem os direitos fundamentais sociais ou de segunda geração, buscando uma igualdade garantida pelo Estado. São esses os direitos à educação, ao trabalho, à saúde, dentre outros, que são necessidades básicas do indivíduo e que o Estado deve oferecer. Conforme ensina Magalhães:

[...] os direitos sociais são aqueles que devem ser garantidos pelo Estado, para que, com apoio no Direito Econômico, possam ser oferecidos a toda a população os meios dos quais cada pessoa necessita para ser realmente livre, usufruindo, assim, dos seus direitos individuais (MAGALHÃES, 2008, p. 10).

Ainda segundo Magalhães (2008), os direitos fundamentais são considerados “como direitos históricos que são frutos da construção humana, dos embates e lutas por direitos em diversas sociedades”. De fato todos os direitos foram conquistados através de lutas e, conseqüente, mudanças sociais.

Como visto, com surgimento dos direitos fundamentais sociais, o Estado se viu obrigado a uma prestação positiva, não se podendo tão somente analisar pela acepção clássica, na qual os direitos fundamentais são instrumentos de proteção do indivíduo frente ao estado, continuam sendo instrumentos de proteção, porém, também precisam da atuação do Estado para serem efetivados. Como se percebe, a definição fica mais difícil, quando se coloca a perspectiva histórica e social.

Segundo Michelli Pfaffenseller (2007), uma das principais problemáticas dos Direitos Fundamentais é a busca de um fundamento absoluto sobre o qual se possa respaldá-los, de modo a garantir seu correto cumprimento ou até mesmo como meio de coação para sua observância de maneira universal.

Bobbio (1992) aponta quatro dificuldades para a busca do fundamento absoluto dos Direitos Fundamentais. A primeira delas seria o fato de que a expressão “direitos do homem” é mal-definível, porque desprovida de conteúdo e, quando este aparece, introduz termos avaliativos, os quais são interpretados de modo diverso de acordo com a ideologia assumida pelo intérprete. A segunda dificuldade consiste na constante mutabilidade histórica dos Direitos Fundamentais. O rol de direitos se modificou e ainda se modifica, pois as condições históricas determinam as necessidades e interesses da sociedade. São, portanto, direitos relativos, não lhes cabendo a atribuição de um fundamento absoluto.

Outra dificuldade na definição de um fundamento absoluto para os Direitos Fundamentais é a heterogeneidade dos mesmos, ou seja, a existência de direitos diversos e muitas vezes até mesmo conflitantes entre si. As razões que valem para sustentar alguns não valem para sustentar outros. Alguns Direitos Fundamentais são até mesmo atribuídos a categorias diversas, enquanto outros valem para todos os membros do gênero humano.

A última dificuldade apontada por Bobbio (1992) consiste na existência de Direitos Fundamentais que denotam liberdades, em antinomia a outros que consistem em poderes. Os primeiros exigem do Estado uma obrigação negativa, enquanto os segundos necessitam de uma atitude positiva para sua efetividade. Assim, é impossível verificar a existência de um fundamento absoluto idêntico para ambas as espécies, não havendo como construir um liame entre direitos antagônicos, pois, segundo Bobbio, “quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.”

Não obstante tais dificuldades, observa-se que a busca do fundamento absoluto em todo o transcorrer da história dos Direitos Fundamentais é questão inerente à sua defesa, serve como respaldo para garantir a sua efetividade. Isto demonstra porque os Direitos Fundamentais transformaram-se em uma preocupação filosófica, sociológica e política, e não apenas jurídica.

Pelo vocábulo fundamental em seu significado lexical é tudo aquilo que serve de fundamento, necessário, essencial. Tal conceito não se afasta do sentido real do termo na esfera jurídica, sendo os direitos fundamentais aqueles direitos necessários para garantir o básico de dignidade e necessário para preservar a vida. Nesse sentido, entende Vladimir Brega Filho que “direito fundamental é o mínimo necessário para a existência da vida humana.” Ressaltando-se que o mínimo essencial deve garantir a existência de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme o conceito clássico e os conceitos trazidos por Bobbio (1992) e Vladimir Brega Filho (2002), fazendo-se uma harmonização, conclui-se que direitos fundamentais são instrumentos de proteção do indivíduo, pelos quais o Estado deve atuar negativamente em algumas ocasiões e positivamente em outras, para garantir o mínimo necessário para a existência da vida humana, deve garantir a existência de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1 - Direito fundamental à saúde

Definidos o que são os direitos fundamentais e sua classificação, adentra-se ao estudo do direito fundamental à saúde, delineando seu conceito, bem como apresentando algumas definições dadas por doutrinadores quanto à sua importância e aplicabilidade.

O primeiro conceito de saúde provavelmente foi dado pelos pensadores gregos, através do brocardo “*mens sana in corpore sano*”. Este foi o marco inicial da etimologia da palavra saúde. Mas ainda se tinha conceitos diversos, já que para alguns saúde relacionava-se com o meio ambiente e às condições de vida, já para outros era a ausência de doenças. Mas a preocupação com a saúde remonta aos tempos antigos, todas as sociedades nutriram a preocupação com o tema saúde.

Um passo importante foi dado no século XX com surgimento da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946. A saúde foi definida como o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos, bem como reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, seja qual sua condição social ou econômica e sua crença religiosa ou política.

Conforme Humenhuk (2004), saúde é uma condição essencial à dignidade da pessoa humana, cabendo assim, ao Estado, por meio de políticas públicas e de seus órgãos, assegurá-la como direito de todos os cidadãos. O direito à saúde se consubstancia em um direito público subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia.

Outros doutrinadores também lecionam sobre tal direito. Para André da Silva Ordacgy (20..), a saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

A saúde como visto é direito de todos os cidadãos e um dever do Estado, possuindo duas faces: uma da preservação e outra da proteção.

A saúde como um direito fundamental social está elencada no Capítulo II do Título II da Carta Magna de 1988. O Título II da Constituição Federal elenca os direitos e garantias fundamentais; nesse sentido o art. 6º:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A saúde é tema que se correlaciona com diversos artigos da Constituição, a saber: artigos 7º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 220, 225, 227 e 230, o que demonstra a importância de tal direito e também a preocupação com sua aplicação.

O direito à saúde na Constituição Federal está interligado com vários outros direitos, tais como o direito ao saneamento, à moradia, à educação, ao bem-estar social, à seguridade social, à assistência social, ao direito de acesso aos serviços médicos e ao direito à saúde física e psíquica.

O mesmo pode-se constatar na Lei nº 8.080/90, que trata do assunto. No seu art. 3º, caput, já faz menção que a saúde possui características determinantes correlacionadas como a educação, a moradia, o trabalho, o saneamento básico, a renda, o meio ambiente, o transporte, o lazer e o acesso a serviços essenciais.

Segundo Humenhuk (2004), a saúde está relacionada com a educação, posto que se o indivíduo recebe uma correta educação evitará muitos problemas devido à informação e entendimento no assunto. A saúde também é correlata com o trabalho, uma vez que o trabalho possui uma função também primordial na vida dos seres humanos e diante deste aspecto a saúde é pressuposto para o cidadão realizar suas tarefas, bem como a segurança na questão das doenças e acidentes no trabalho.

A saúde como um direito social exige do Estado prestações positivas no sentido de garantir e efetivar tal direito.

O art. 196 da Constituição de 1988, que trata a saúde como um direito de todos e dever do Estado, não pode ser interpretado como uma norma programática, e conseqüentemente de eficácia limitada, posto que a saúde para efeitos de aplicação do art. 196 deve ser conceituada, segundo o prof. Schwartz (2001) como:

Um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar (SCHWARTZ, 2001, p.43).

Ainda é de grande relevância designarmos a coerente lição de Sarlet, interpretada pelo professor Germano Schwartz (2001):

(...) diante da primordialidade dada à preservação da vida por nossa Carta Magna, e face as características inerentes aos direitos fundamentais do homem, que o direito à saúde encontra-se amparado pelo disposto no art. 60, § 4º, IV, da CF/88, conferindo-lhe caráter de ‘cláusula pétrea’, ou seja, um real limite material implícito à reforma constitucional, ou, ainda, uma verdadeira cláusula proibitiva de ‘retrocesso social sanitário, nos mesmos moldes estabelecidos pela Constituição de Portugal.

O direito à saúde deve ser entendido como um direito social fundamental, que na sua essência deve ser buscado na maior otimização possível, haja vista que a preservação da vida e o respeito à dignidade humana, em consonância com a justiça social a ser alcançada, externam o direito à saúde como um verdadeiro direito público subjetivo com toda sua fundamentalidade.

Nas palavras de Ingo Sarlet (2001), p.9):

De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público (SARLET, 2001, p.9).

Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar de todo ordenamento jurídico brasileiro e fundamento do Estado Democrático de Direito, não pode o Estado omitir-se no cumprimento de seu dever de prover o direito à saúde de forma eficaz e eficiente para todos. É obrigação das autoridades públicas assegurarem a todos, indistintamente, o direito à saúde.

Como já explanado, há imprescindível relação entre o direito à saúde e os conceitos de direito à vida e dignidade da pessoa humana, assim sendo, cumpre observar que a efetividade daquele, desconsiderando ou mesmo enfraquecendo esses valores básicos fixados pela Constituição, torna-se, além de inadmissível, inconstitucional.

Do outro lado da moeda, a causa de ineficácia dos direitos sociais está na ausência de vontade política para materializar sua principal forma de garantia, e não nas dificuldades de acionar tais direitos. Diante disto, a não atuação do Estado na prestação sanitária revela uma afronta ao nosso bem maior, que é a vida. Pois o direito à saúde, neste aspecto, é coberto de aplicabilidade imediata e eficácia plena, e deve ser respeitado como tal, eis que se consubstancia como um direito público subjetivo, tendo posição de destaque na Constituição como um direito fundamental social.

A vida, a dignidade e a igualdade são direitos que não podem ser exercidos plenamente sem que o indivíduo tenha acesso às formas de proteção de sua saúde; portanto a ineficácia da saúde pública afeta diretamente direitos de imensa relevância ao indivíduo.

3.2 - Sistema Único de Saúde - SUS - como meio de efetivar o direito à saúde

Visto que a saúde é um direito de extrema importância, positivado na nossa Constituição, passa a ser um dever do Estado garanti-la a todos os cidadãos, por meio de ações positivas. Diante disso, é necessário se buscar os meios escolhidos pela Constituição para efetivar tal direito. Assim, o meio escolhido pelo Estado a fim de efetivar e concretizar este direito fundamental foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), responsável pela saúde pública no Brasil.

Trata-se de um Sistema voltado a organizar as ações e serviços públicos de saúde, para promoção, proteção e recuperação desta, a serem prestados pelo Estado. Esse Sistema reafirma o dever do Estado de garantir a saúde mediante políticas públicas, econômicas e sociais.

Por sua vez, o art. 198 da CF/88 estabelece que estas ações e serviços públicos concernentes à saúde sejam designados através de uma ação integrada, em um sistema único, de forma regionalizada e hierarquizada, conforme os princípios de integralidade, igualdade e participação comunitária. Previu a criação de um sistema único de saúde e seu § 1º dispôs que o financiamento darse-ia com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Em observância ao regramento Constitucional, a Lei nº 8.080/90 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), de extensão nacional, integrado pelos entes federativos: a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A organização desse Sistema se faz através de algumas Leis Infraconstitucionais importantes para a execução das ações e serviços públicos de saúde; cita-se a Lei nº 8.080/90 e a Lei nº 8.142/90, dentre outras.

Segundo Humenhuk (2004), outra característica inerente ao dever do Estado, no que tange a saúde, é a sua gratuidade, pois o Estado é obrigado a promover a assistência à saúde para os cidadãos de forma gratuita, haja vista que o Estado, quando investe recursos públicos no sistema de saúde, não visa

explorar economicamente essa atividade, mas visa prestar um serviço público básico ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, concluindo que:

O dever do Estado no que tange o direito à saúde, é impreterivelmente o pólo passivo da relação com o cidadão possuidor de direitos, e diante disto, O Estado tem a obrigação de efetivar o direito à saúde, seja através da prevenção ou recuperação da mesma (HUMENHUK, 2004, p. 8).

Analisando-se o art. 196 da Constituição, este externa que as políticas sociais e econômicas tem como finalidade a redução do risco de doenças e de outros agravos, colocando a atuação estatal no sentido de prevenção também.

As políticas sociais e econômicas devem exprimir um acesso igualitário e universal para qualquer ser humano, independente de raça, credo, cor, religião etc. Assim, todo e qualquer cidadão, inclusive o estrangeiro, tem o direito à saúde, direito de ser atendido pelo Sistema Único de Saúde, justamente por ser um cidadão com direitos fundamentais inerentes à sua pessoa.

Por sua vez, o dever do Estado para com a saúde é de realizar implementos e acessos significativos para as pessoas terem o direito à saúde efetivada, e diante disto o Estado também tem a imposição constitucional de promover a saúde, não somente prevenindo doenças, mas também modificando o sistema social, procurando proteger a saúde. O art. 197 da Constituição Federal revela que as políticas sociais e econômicas, proferidas através de ações e serviços, devem ser de relevância pública.

A conclusão que podemos chegar é de que a defesa da saúde é dever do Estado em todas as suas esferas. Eis que as ações e serviços para efetivação da saúde são de relevância pública, pois diante disto o Poder Público está vinculado para promover as políticas sociais e econômicas para a consecução da saúde.

Por ultimo, o art. 197 da Carta Constitucional de 1988 não exclui a participação de terceiros e também de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado na execução de ações e serviços para com a saúde de forma suplementar, somente auxiliando na consecução de tal direito, sendo responsabilidade de Estado prestá-lo a todos os cidadãos.

3.3 - Problemas da saúde pública brasileira

Como visto, o direito à saúde é um direito inerente a todo ser humano, um direito que tem suma importância por ser um direito fundamental social; portanto destinado a todos e que caso não seja respeitado também atinge e fere imensamente a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o maior de todos os direitos, o direito à vida.

Muitos são os mecanismos de proteção de tal direito em nossa Carta Magna de 1988, o direito à saúde é um direito de todos e dever do Estado. Mas, infelizmente, o que se vivencia no dia a dia está longe do que é posto na Carta Maior. Há uma gama de barreiras burocráticas, econômicas e políticas que emperram a efetiva aplicação do direito à saúde.

A crise na saúde pública do Brasil deve ser considerada sob três aspectos básicos, quais sejam: a deficiência na estrutura física, a falta de disponibilidade de materiais, equipamentos e medicamentos e a carência de recursos humanos.

As condições das estruturas são lastimáveis, funcionando muitas vezes em prédios improvisados e inadequados, com instalações elétricas, sanitárias e hidráulicas precárias, pondo, inclusive, em risco de morte aqueles que lá frequentam. Faltam equipamentos médicos, mobílias, exames laboratoriais e até mesmo medicamentos básicos para diabetes, hipertensão, vermífugos ou antibióticos.

A dificuldade no acesso e a ineficácia dos serviços prestados têm contribuído cada vez mais para a superlotação dos hospitais públicos, onde milhares de brasileiros padecem nas filas, mendigando por uma simples consulta, um exame diagnóstico ou uma cirurgia eletiva. O pequeno número de leitos obriga os pacientes, na maioria das vezes, a passarem semanas acomodados no chão, em colchões ou em macas, largados nos corredores ou na recepção dos hospitais, à espera de um leito de enfermaria ou de UTI.

Tal situação fere não só a dignidade do cidadão, mas também dos profissionais de saúde que são obrigados a conviverem diariamente com cenas tão fortes. A precariedade dessa situação fática leva ao retardo no diagnóstico de doenças e, conseqüentemente, uma piora em muitos prognósticos, podendo ocasionar, em alguns casos, a própria morte, antes mesmo do atendimento.

Tal situação caótica é causada pela falta de investimentos na saúde. A parte que se destina à saúde é insuficiente para a quantidade de brasileiros que necessitam ser atendidos pelo SUS, já que tem o sistema público como única forma de ter acesso à saúde. O caminho é claro: necessitamos de um investimento maior no setor da saúde, a fim de que a totalidade da população seja atendida de forma digna e humana.

4 - CONCLUSÃO

Diante do que ora foi apresentado nesse trabalho, embora de forma sucinta, pode-se concluir que o direito à saúde é direito fundamental por excelência, faz parte do rol de direitos indispensáveis à dignidade da pessoa humana, sendo por sua vez a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Embora a Constituição referende o direito à saúde como direito fundamental, há ainda um longo caminho a ser trilhado, haja vista que não basta a simples previsão constitucional de um direito se ele não vier acompanhado de políticas públicas que assegurem a efetivação desses direitos.

Infelizmente o que se vê no Brasil é a precarização do atendimento público à saúde. Isso porque não há interesse político e econômico em se criar um sistema público de qualidade e que atenda à generalidade da população. A permanência do sistema público de saúde na forma em que se encontra atende especialmente o interesse do sistema privado de saúde, haja vista que o só se justifica a existência de um sistema privado de saúde quando o sistema público é ineficiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2014.

BRASIL. **Lei Nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 193.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

HUMENHUK, Hesterston. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4839>>. Acesso em: 26 de junho de 2015.

MADEIRO, Ricardo C.V. **Crise na saúde pública**. Disponível em: <<http://oabce.org.br/2013/08/artigo-crise-na-saude-publica/>>. Acesso em 15 de julho de 2015.

MACHADO, Deusa Helena Gonçalves, MATEUS, Elizabeth do Nascimento. **Breve reflexão sobre a saúde como direito fundamental**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8747&revista_caderno=9>. Acesso em 24 de junho de 2015.

MAGALHAES, José Luiz Quadro. **Direito Constitucional. Curso de Direitos Fundamentais**. 3ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2008, p.10.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.21.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2015.

PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro**. Revista de Direito Constitucional. v. 45, p. 216-236. São Paulo: RT, out./dez. 2003.

PFÄFFENSLER, Michelli. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller_Rev85.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2015.

RABELO, Camila Carvalho. **Direito fundamental à saúde**. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6567>. Acesso em: 23 de junho de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/IngoSaude.pdf>. Acesso em 01 de agosto de 2015.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. **O Processo como Instrumento dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/8755/6572>>. Acesso em 16 de junho de 2015.

SCHWARTZ, G. A. D. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SLAIBI, MARIA CRISTINA BARROS GUTIÉRREZ. **Direito fundamental à saúde – tutela de urgência**. Disponível em : <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=11c201f6-5bf6-4e44-b4d8-137441e3d826>. Acesso em 29 de junho de 2015.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA: UMA ABORGAGEM DA PRESTAÇÃO OBRIGACIONAL

Vaelson Barbosa Ribeiro ¹

Carla Simone Silva ²

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho:

RESUMO

O presente trabalho objetiva a apresentação da pesquisa acadêmica, em fase inicial, desenvolvida a título de Trabalho de Conclusão de Curso no curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba, na qual se buscará levantar principais pontos controvertidos a respeito da natureza jurídica da obrigação dos serviços odontológicos e as suas implicações na responsabilidade civil, bem como fazer um mapeamento das decisões judiciais acerca do tema nos tribunais pátrios. A atividade profissional dos cirurgiões-dentistas em qualquer área de atuação, por ser uma atividade exclusiva de profissional liberal, o regime de responsabilidade civil resulta de uma prática individual assentada na responsabilidade subjetiva, prevista no § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Porém, a doutrina e algumas decisões ainda conservam a clássica conceituação de Menegale J. Guimarães de 1937, pela qual o compromisso do cirurgião dentista envolve mais acentuadamente uma obrigação de resultado, atribuindo a essa atividade responsabilidade civil objetiva ou subjetiva com culpa presumida. Inicialmente, a hipótese levantada nesse trabalho é a de que aquela conceituação clássica já não mais comporta nos dias atuais, considerando que a odontologia é uma ciência inexata, na qual tratamentos dentários estão cada vez mais invasivos e aleatórios quanto à resposta fisiológica do organismo humano, considerando-se, em sua grande área de atuação, uma obrigação de meio assentada na responsabilidade subjetiva “pura”.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; obrigação de meio; obrigação de resultado.

ABSTRACT

The present report aims the presentation of an academic research in early phase which has been developed as graduation conclusion papers in the Faculdade de Direito de Telêmaco Borba, where it is sought to talk about the main controversial questions related to the juridical nature of the dental assistances' duties and its repercussions in the civil responsibility, as well as it is intended to map the judicial decisions about the subject uttered by the national courts. The professional activity of the dental surgeons in any practicing area the civil responsibility regimen results from an individual practicing founded in the subjective responsibility which is prescribed in 4th paragraph of the article 14 of the Code of Consumer Protection, due to be an exclusive activity of a liberal professional. However, the doctrine and some decisions still preserve the classical conceptualization from 1937 by Menegale J. Guimarães which the dental surgeon commitment involves more strongly a duty of a result and attributes to this activity the objective and subjective civil responsibility with a presumed blame. Firstly, the roused hypothesis in this report is the classical conceptualization should not at the present to be applied, because the dentistry is an inaccurate science, so the dental treatments are gradually more invasive and random as for the physiological response of human organism, whereas the large practicing area an obligation of mean is founded on the “pure” subjective responsibility.

Keywords: Civil responsibility; obligation of mean; obligation of result.

1 - Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba – e-mail: vaelsonbarbosa@hotmail.com

2 - Professora orientadora, docente do curso de Direito da Faculdade Telêmaco Borba. Mestranda em Linguagem, Identidade e Subjetividade pela Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR. Especialista em Ética pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e em Direito da Economia e Empresa, pela Fundação Getúlio Vargas.

1 - INTRODUÇÃO

Tanto na doutrina como na jurisprudência, a responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas tem sido motivo de diversos debates, não só na área jurídica, mas como também na área da odontologia legal. Conforme será abordado, não há um consenso por parte de ambas quanto à natureza jurídica da obrigação dos serviços odontológicos, se é uma atividade de meios ou de resultado; o que tem gerado muitas discussões nos tribunais, haja vista que tal classificação é imprescindível para se verificar a culpabilidade na responsabilidade civil médica/odontológica.

Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo abordar os principais aspectos do estudo da responsabilidade civil do cirurgião-dentista, como, também, discorrer acerca da natureza jurídica da obrigação odontológica e seus principais pontos de divergência. Posto que, com o crescente número de ações judiciais desta natureza nos tribunais, há uma necessidade de se trazer o tema ao debate acadêmico para elucidar os principais pontos controvertidos a fim de que se fomentem novos estudos acerca do tema.

2 - METODOLOGIA

O método de abordagem teórica da pesquisa é o dialético, o qual corresponde à apreensão discursiva do conhecimento a partir da análise dos diferentes posicionamentos teórico a respeito do tema. Sempre com viés nas fontes primárias, tais como: legislação vigente, jurisprudência e doutrina. Como também as fontes secundárias: leituras de publicações e trabalhos acadêmicos. Para o mapeamento das decisões, utilizar-se-á o método quantitativo a fim de se apurar a predominância do entendimento dos tribunais do país, bem como qualitativo quando da análise da disposição dos julgadores em adotar uma ou outra teoria de acordo com a atividade específica de determinadas especialidades odontológicas.

3 - DESENVOLVIMENTO

A atividade profissional do cirurgião-dentista encontra-se amparada na Resolução do Conselho Federal de Odontologia (CFO) 63/2005, denominada “Consolidação das Normas para Procedimentos nos Conselhos de Odontologia”, a qual, dentre tantas classificações e regulamentações, disciplina a atividade odontológica, bem como define as especialidades dos respectivos campos de atuação. Pode-se dizer, de maneira geral, que atividade está relacionada com a prática da cura e da arte dentária, em que, segundo Giostri³, “a atuação do profissional diz respeito ao diagnóstico, ao prognóstico e o tratamento das doenças congênitas ou adquirida, reais ou presumida, da boca, dos dentes e dos maxilares”.

A odontologia moderna sofreu grandes mudanças com advento da sociedade atual, dentre elas: a intensa expansão tecnológico-científica e a intensificação das práticas e ações de consumo. Conforme Pereira⁴, antes da década de 1980, a relação obrigacional entre o paciente e o dentista era pautada na relação de confiança, de proximidade e, às vezes, até de familiaridade. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e, principalmente, com a chegada da Lei 8.078/90 em 1991, intitulado Código de Defesa do Consumidor (CDC), segundo Lisboa⁵, inúmeras foram às mudanças na sociedade na década de noventa. Para o autor, as modificações socioeconômicas proporcionadas pela massificação contratual e pelo avanço tecnológico contribuíram para um intenso movimento do consumo⁶.

Segundo Pereira⁷, a Odontologia brasileira passa por um período de massificação da prestação dos serviços de saúde bucal. Os serviços odontológicos que antes se amoldavam na confiança, estão hoje gradativamente sendo mercantizados pelos convênios e empresas/clínicas especializadas como

3 - GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade civil e ética do cirurgião-dentista**. Paraná: Juruá, 2009, p.19.

4 - PEREIRA, Wander. **A responsabilidade do cirurgião dentista**. Jundiaí, SP: Paco Editorial, 2014, p.35.

5 - LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.17.

6 - *Ibidem.*, p.18.

7 - PEREIRA, op. Cit, p.35.

mero produto de consumo⁸. Fato este que contribuiu para o distanciamento do elo de confiança e familiaridade que tinham os pacientes por seus dentistas. Aqueles pacientes que antes apenas confiavam, são hoje consumidores mais esclarecidos e exigentes, tendo o pleno conhecimento de seus direitos, e veem esses profissionais como prestadores de serviços passíveis de cometerem erros e que devem responder por eles⁹. Diante desse fato, importante a tese apresentada por Fernando Jorge Paula com vistas à obtenção do Título de Doutor em Odontologia Social pela Universidade de São Paulo, a qual demonstra, em uma pesquisa quantitativa, o aumento significativo de demandas judiciais envolvendo os cirurgiões-dentistas no final da década de noventa¹⁰.

Quanto ao exercício da profissão, segundo Giostri¹¹, o cirurgião-dentista sempre exerceu uma atividade paralela à do médico, uma vez que sua atuação esteve ligada à área da saúde. Por essa razão, o legislador enquadrou esses profissionais em categorias semelhantes àquelas aplicadas aos profissionais da medicina. Todavia, em qualquer área de atuação, por ser uma atividade exclusiva de profissional liberal, o regime de responsabilidade civil resulta de uma prática individual assentada na responsabilidade subjetiva. Assim, Kfoury Neto¹² salienta que a responsabilidade civil dos profissionais da área de saúde está prevista no art. 951 do Código Civil, bem como também no Código de Defesa do Consumidor, a qual manteve - até mesmo pelo caráter *intuitu personae* - a responsabilidade dentro dos quadros tradicionais da teoria de culpa, conforme dispões a Lei no seu art. 14, §4º: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

No entanto, segundo Giostri¹³, ao atribuir-se responsabilidade civil aos odontólogos, é imprescindível identificar a natureza jurídica obrigacional do serviço prestado: se é uma obrigação de meios ou de resultado, fato este de extrema relevância para a verificação ou não da responsabilidade.

Assim, o problema emerge quanto à verificação da natureza jurídica ou conteúdo da obrigação por eles prestado, uma vez que, segundo Castilho,¹⁴ “o ponto de distinção das obrigações, originalmente colocado em seu objeto, acaba por deslocar-se para a responsabilidade civil”. Essa classificação do conteúdo da obrigação, tanto de meios como de resultado, deve-se à tese defendida pelo Francês René Demogue¹⁵. Segundo Tartuce, “essa classificação não consta do Código Civil, mas é apontada pela doutrina e pela jurisprudência. Tem origem no trabalho desse autor, tendo sido transposta para o Direito Civil Brasileiro clássico, entre outros, por Washington de Barros Monteiro”¹⁶.

Neste sentido, expõe Giostri¹⁷, nos moldes da Teoria Francesa, de que quando se está diante de uma prestação obrigacional cujo objeto há o fator *alea* (imprevisibilidade); a obrigação será de meio. Neste caso, o profissional liberal se compromete empregar todos os meios, bem como os conhecimentos técnico-científicos para obter o resultado esperado, ou seja, sua obrigação está baseada na diligência empenhada. Agora, por outro lado, quando há uma obrigação onde se exclui o fator *alea*; estar-se-á diante de uma obrigação de resultado, pois, neste caso, o resultado é certo, é previsível. Nas palavras da autora¹⁸:

Uma obrigação de resultado não é, apenas e tão-somente, aquela que caracteriza uma prestação obrigacional que visa um resultado predeterminado. É também um tipo de obrigação que se destina às searas onde não exista o fator alea e na qual a diligência empregada pelo devedor de nada vale, já que o que importa é apenas atingir o resultado avençado.

8 - Ibdem, op. Cit, p.35

9 - Ibdem, op. Cit, p.37.

10 - PAULA, Fernando Jorge De; **Levantamento das jurisprudências de processos de responsabilidade civil contra o cirurgião-dentista nos Tribunais do Brasil por meio da internet**: Tese apresentada à Faculdade de Odontologia da Universidade de São Paulo, para obter o título de Doutor, pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Odontológicas, área de Odontologia Social, São Paulo, 2007.p.25.

11 - GIOSTRI, op. cit, p.25.

12 - KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.76

13 - GIOSTRI, op. cit, p.20

14 - CASTILHO, Taarik de Freitas. **Distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado**. 2008. 92 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p.10

15 - DEMOGUE, 1925 apud TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – direitos das obrigações e responsabilidade civil**. Método, 5ª edição, São Paulo 2010, p.97.

16 - TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direitos das obrigações e responsabilidade civil**. Método, 5ª edição, São Paulo 2010, p.98.

17 - GIOSTRI, op. cit, p.29.

18 - Ibdem, op. cit, p.30

Nesta perspectiva, nas lições de Giostri¹⁹ essa característica (essência) da tese francesa é totalmente ignorada por muitos no Brasil. Tendo em conta que, segundo a autora, o posicionamento majoritário da doutrina e parte jurisprudência é no sentido de que: quando o profissional da saúde avença um resultado específico, a exemplo da cirurgia plástica e a odontologia estética, estar-se-á diante de uma obrigação de resultado, independente de haver ou não o fator álea.

A título de exemplo, cita-se o caso de tratamento ortodôntico, onde a potencialidade de se alcançar um resultado específico é totalmente instável. Posto que, no tratamento, os tecidos gengivais e periodontais são afetados pelos movimentos dentários ortodôntico, e requer tempo para reorganização, mesmo após o tratamento; uma vez que, os tecidos moles (lábios, bochechas e língua), assim como as mudanças produzidas pelo crescimento, podem alterar o resultado do tratamento. Assim, quando se constata um resultado não satisfatório do tratamento ortodôntico (recidiva), e, ao avaliar a causa de tal fenômeno, sempre será possível perceber o fator álea nas mais variadas hipóteses²⁰.

Porém, anote-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou obrigação de resultado para o dentista que faz tratamento ortodôntico, enquadrado na obrigação de resultado, conforme a publicação no Informativo n. 485 daquele Tribunal Superior:

Tratamento ortodôntico. Indenização. Cinge-se a questão em saber se o ortodontista se obriga a alcançar o resultado estético e funcional, conforme pactuação firmada com o paciente e, neste caso, se é necessária a comprovação de sua culpa, ou se basta que fique demonstrado não ter sido atingido o objetivo avençado. No caso, a recorrida contratou os serviços do recorrente para a realização de tratamento ortodôntico, objetivando corrigir o desalinhamento de sua arcada dentária e problema de mordida cruzada. Entretanto, em razão do tratamento inadequado a que foi submetida, pois o profissional descumpriu o resultado prometido além de extrair-lhe dois dentes sádios cuja falta veio a lhe causar perda óssea, a recorrida ajuizou ação de indenização cumulada com ressarcimento de valores. Nesse contexto, o Min. Relator destacou que, embora as obrigações contratuais dos profissionais liberais, na maioria das vezes, sejam consideradas como de meio, sendo suficiente que o profissional atue com a diligência e técnica necessárias para obter o resultado esperado, há hipóteses em que o compromisso é com o resultado, tornando-se necessário o alcance do objetivo almejado para que se possa considerar cumprido o contrato. Nesse sentido, ressaltou que, nos procedimentos odontológicos, sobretudo os ortodônticos, os profissionais especializados nessa área, em regra, comprometem-se pelo resultado, visto que os objetivos relativos aos tratamentos de cunho estético e funcional podem ser atingidos com previsibilidade. In casu, consoante as instâncias ordinárias, a recorrida demonstrou que o profissional contratado não alcançou o objetivo prometido, esperado e contratado, pois o tratamento foi equivocado e causou-lhe danos físicos e estéticos, tanto que os dentes extraídos terão que ser recolocados. Assim, como no caso cuidou-se de obrigação de resultado, em que há presunção de culpa do profissional com a consequente inversão do ônus da prova, caberia ao réu demonstrar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, ou mesmo que o insucesso se deu em decorrência de culpa exclusiva da paciente, o que não se efetou na espécie, a confirmar a devida responsabilização imposta. (...)²¹.

Mesmo assim, na jurisprudência não há um consenso; ora é entendida como obrigação de meio, ora como de resultado, conforme o levantamento jurisprudencial no Brasil apresentado por Paula²²: “analisando o tipo da obrigação assumida pelo cirurgião-dentista, foram encontradas 10,6% como obrigação de resultado e 4,1% como obrigação de meio”.

Neste mesmo sentido, na doutrina jurídica este entendimento não é unânime; há, ainda, certa

19 - Ibdem, op. cit, p.29

20 - Ibdem, op. cit, p.258

21 - STJ, REsp 1.238.746/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dj. 29.11.2011

22 - PAULA, op. cit, p.127.

divergência; porém, parte dela, principalmente a civilista, tende em regra caracterizá-la como uma obrigação de resultado, conforme nas lições de Stoco²³:

Com relação aos cirurgiões-dentistas, embora em alguns casos se possa dizer que a sua obrigação é apenas de meios, a maioria das vezes apresenta-se como obrigação de resultado. Exceto, entretanto, quando a atividade do dentista se aproxima daquela exercida pelo médico [...]. Nesse sentido colhe-se também o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (ob. cit., 8. ed., 2003, p.373), Sergio Cavalieri Filho (Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 1996, p.257) e Silvio Rodrigues (Direito Civil – Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p.256).

Em sentido contrário, Giostri²⁴ defende que a Odontologia é uma ciência inexata. Dessa maneira, por compreender uma atividade que envolve o organismo humano, o seu campo de atuação está repleto do fator alea, haja vista que é impossível prever uma resposta fisiológica frente a determinado tratamento e/ou intervenção cirúrgica. Portanto, conforme a autora, em face de inúmeras incertezas que envolvem o campo de atuação desses profissionais, estabelece, em sua grande área de especialidades, uma obrigação de meios, conquanto possa, em situações muito particulares, estar vinculada a uma obrigação de resultado. Nas palavras da referenciada autora²⁵:

Ignorar a imprevisibilidade e a imponderabilidade do organismo humano, em uma profissão da área de saúde, é o mesmo que entender que os seus profissionais lidam com máquinas ou exercem uma profissão matemática, exata, na qual dois e dois são quatro.

Corroborando essa ideia, Kfoury Neto²⁶ afirma que, em grande parte, a natureza jurídica da obrigação da odontologia será de meios, ficando, tão somente, reservadas a obrigação de resultado àquelas destinadas a dentística restauradora, odontologia legal, odontologia preventiva social, prótese dental e radiologia.

Entretanto, a doutrina brasileira ainda conserva aquela clássica conceituação de Menegale J. Guimarães de 1937, difundida por Aguiar Dias²⁷ e citada nos mais atuais manuais de Direito Civil. Como se verifica nos tratados de Stoco²⁸:

Guimarães Menegale, citado por Aguiar Dias, observa com propriedade que o compromisso profissional do cirurgião-dentista envolve mais acentuadamente uma obrigação de resultado porque “a patologia das infecções dentárias corresponde etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem embargos das relações que podem determinar com desordens patológicas gerais; consequentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar” (responsabilidade profissional do cirurgião-dentista. RF 80/47; Aguiar Dias, ob. cit., p.332, n. 121).

Segundo Giostri²⁹, esse posicionamento da doutrina não é viável para os dias atuais, uma vez que em 1937 as atividades predominantes do dentista eram baseadas na exodontia (extração de dente). Atualmente, conforme já dito, o cenário é outro. A odontologia atualmente transformou-se em uma seara de inovações científicas e tecnológicas, na qual os tratamentos dentários estão cada vez mais invasivos e aleatórios quanto à resposta fisiológica do organismo humano. Para a autora³⁰:

23 - STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.521

24 - GIOSTRI, op. cit, p.28

25 - Ibdem, op. cit, p.97

26 - KFOURI NETO, op. cit, p.214.

27 - MENEGALE, J.G, 1937 apud DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 339

28 - STOCO, op. cit.p.521

29 - GIOSTRI, op. cit, p.31

30 - Ibdem, op. cit, p.07

O que servia para caracterizar a prestação obrigacional do dentista de 1937, com sua barulhenta e aterradora máquina de pedalar, por óbvio, não mais se encaixa às estupendas possibilidades de implantes, das cirurgias ortognáticas, dos aparelhos ortodônticos e das restaurações miraculosas.

Diante dessas controvérsias, a classificação do conteúdo da obrigação é de extrema relevância para se aferir a responsabilidade civil desses profissionais. Tendo em vista que, segundo Tartuce³¹, por mais que o código de defesa do consumidor atribua a eles a responsabilidade subjetiva no art. 14, §4º, decisões recentes dos Tribunais têm entendido no sentido de que quando se tratar de uma obrigação de resultado, a responsabilidade civil desses profissionais será objetiva (independentemente de culpa) ou subjetiva com culpa presumida. Conforme Tartuce³²:

Aqueles que assumem obrigação de resultado respondem independentemente de culpa (responsabilidade civil objetiva) ou por culpa presumida, conforme já entendiam doutrina e jurisprudência muito antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Assumem obrigação de resultado o transportador, o médico cirurgião plástico estético e o dentista estético.

Assim, nos levantamento jurisprudencial dos estudos de Paula³³, foram observadas que 58% das decisões estavam pautadas no fundamento da teoria da responsabilidade civil subjetiva, ficando, tão somente, 8,15% para a teoria da responsabilidade civil objetiva.

Neste caso, na responsabilidade civil objetiva não se discute a culpabilidade do dentista quanto ao inadimplemento ou do evento danoso. Caberá a ele, tão somente, alegar as causas que afastem o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, seja elas: culpa/fato de terceiro, culpa/fato exclusivo da vítima e o caso fortuito e força maior. Custa salientar que tal posicionamento não é mais aceito pela doutrina, e é uma grande tendência da jurisprudência em superar este entendimento, tendo em vista que o nexo de causalidade da responsabilidade objetiva é formado pela lei ou por uma atividade de risco (art. 927, parágrafo único do Código Civil) e não pela natureza jurídica da obrigação. Considerando-se que, segundo Souza³⁴, a atividade médica/odontológica não é geradora do risco a que é exposto o paciente, já que sua atuação é um meio para corrigir o desvio da sanidade física ou mental apresentado pelo enfermo.

Por outro lado, na responsabilidade subjetiva com culpa presumida, ao odontólogo incumbirá o ônus de provar que sua conduta diante de um tratamento sem êxito não foi culposa; utilizando-se, neste caso, de todos meios de provas para afastar sua negligência, imprudência ou imperícia, entendimento este que mantém no Superior Tribunal de Justiça³⁵. Diferentemente da responsabilidade subjetiva pura, a qual se aplicada nos casos onde há uma obrigação de meios, onde o paciente/consumidor deverá se valer todos os meios de prova para e a evidenciar a conduta culposa do cirurgião-dentista, seja ela: negligente, imprudente ou imperita frente diligências empregadas no tratamento.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a expansão do acesso à justiça na década de noventa e o aumento significativo de ações judiciais em desfavor dos cirurgiões-dentistas, os temas relacionados à natureza jurídica da obrigação têm despertado grande interesse por parte dos profissionais da área odontologia e dos operadores do direito, posto que há uma necessidade em se ampliar o debate, haja vista se tratar de um dos elementos centrais para se atribuir a responsabilidade civil aos profissionais liberais.

31 - TARTUCE, op. cit. p.94

32 - Ibdem., p.94

33 - PAULA, op. cit, p.134

34 - SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Erro médico e o novo Código Civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3845>. Acesso em: 8 ago. 2015.

35 - AREsp 615340, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Dj 02/12/2014

Assim, o trabalho de pesquisa desenvolvido parte da hipótese de que a atividade do cirurgião dentista está determinada pelo fator álea, tendo em vista que a expansão tecnológico-científica impulsionou a odontologia explorar novas áreas, adentrando cada vez mais no campo fisiológico do corpo humano, visando reabilitação oral e saúde digna ao paciente. Portanto, ao se aferir a responsabilidade civil destes profissionais, deve-se levar em consideração esses aspectos, atribuindo-os a uma obrigação de meio, salvo nos casos particulares que não exija uma resposta fisiológica do organismo ao tratamento, onde poderá recair uma obrigação de resultado.

A pesquisa encontra-se em fase inicial de levantamento de doutrina, revisão de literatura e dados. Esses últimos consistirão em apuração quantitativa de decisões proferidas nos tribunais do país a fim de poder aferir qual a tendência dos julgamentos acerca do tema. Posteriormente, qualitativamente, analisar-se-á em quais atividades odontológicas a jurisprudência inclina-se pelo acolhimento da obrigação de meios e de resultados a fim de se poder comprovar, ou não, a hipótese inicialmente levantada para esse estudo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Federal de Odontologia. Resolução CFO-63/2005. **Consolidação das Normas para procedimentos nos Conselhos de Odontologia**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília (DF); 19/4/2005. Atualizada em julho de 2012.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília (DF); 12/9/1990.

BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília (DF); 11/1/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.238.746/MS, Informativo Nº485. Apelante: Paulo Dorsa. Apelada: José do Couto Vieira Pontes. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF; 08 de janeiro de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 615340 PE 2014/0297407-4, Decisão Monocrática. Agravante: José Luiz Guimarães Filho. Agravado: Misael de Albuquerque Montenegro Filho. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF; 24 de janeiro de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília, 02 dez. 2014.

CASTILHO, Taarik de Freitas. **Distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado**. 2008. 92 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade civil e ética do cirurgião-dentista**. Paraná: Juruá. 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAULA, Fernando Jorge De; **Levantamento das jurisprudências de processos de responsabilidade civil contra o cirurgião-dentista nos Tribunais do Brasil por meio da internet**: Tese apresentada à Faculdade de Odontologia da Universidade de São Paulo, para obter o título de Doutor, pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Odontológicas, área de Odontologia Social, São Paulo, 2007.

PEREIRA, Wander. **A responsabilidade do cirurgião dentista**. Jundiaí, SP: Paco Editorial, 2014.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Erro médico e o novo Código Civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3845>>. Acesso em: 8 ago. 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – direitos das obrigações e responsabilidade Civil**. Método, 5ª edição, São Paulo 2010.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. São Paulo: Método, 2012.

AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MÉTODO DE INCLUSÃO DAS MINORIAS PARA EFETIVA CONCRETUDE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Lara Tinoco de Souza¹

Maicon Jose de Oliveira²

Rodrigo Sautchuk³

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: A efetividade do processo à luz dos direitos fundamentais e da hermenêutica jurídica

RESUMO

Temos por centro do estudo, a concretização da dignidade da pessoa humana em nosso país. Não temos a ambição de determinar um método para a sua realização, mas sim refletir sobre o tema proposto, de modo a fomentar questões que visem alcançar o objetivo maior que será a discussão do tema e fomentar ideias, pois são estas que se engradece o conhecimento, resultando na melhoria irrefutável dos meios de solução de conflitos. Verificamos que a busca por um efetivo Estado Social de Direito só é concebida quando são respeitados e acatados seus preceitos, tais como a igualdade entre os cidadãos. Esse preceito principiológico está consagrado em nossa Constituição Cidadã de 1988. Igualdade esta que nos remete à isonomia que permite que todos sejam tratados como iguais, podendo competir de maneira uniforme por uma vida digna e meritória. Neste cenário, verificamos que as ações afirmativas podem sim contribuir em muito com esse objetivo, qual seja, criar e estabelecer condições isonômicas para todos os cidadãos, entendendo ser este um instrumento que surge de nossa evolução cognitiva sobre o tema, pois saímos da fase de discussões e disputas para adentrarmos na fase de sedimentação e formalização de uma gama de direitos consagrados como “Princípios”, chegando então uma nova fase, a da transformação das disputas em efetivação do que está garantido constitucionalmente, a sonhada isonomia. Por fim, entendemos que para este intento ser alcançado - a efetivação da Dignidade Humana para todos -, será necessário que estas ações afirmativas sejam propostas em grande escala nas áreas que realmente causem transformação social, principalmente nas áreas da educação e trabalho, pois estes são os pilares que levarão a transformação e manutenção de uma sociedade democrática para todos.

Palavras-chaves: *Ações Afirmativas; Equidade; Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana; Democracia; Igualdade; Direitos Fundamentais*

ABSTRACT

We have a study center, the realization of human dignity in our country. We do not have the ambition to establish a method for its realization, but rather a reflection on the theme, in order to encourage questions aimed at achieving the ultimate goal will be to discuss the issue and and generate ideas, as it is this that the engradece knowledge resulting in irrefutable improving means of conflict resolution. We verified that the search for an effective welfare state Direct is designed only when they are respected and heeded its precepts, such as equality between citizens. This principiológico precept enshrined in our Constitution Citizen of 1988. Equality this, which leads us to equality that allows everyone to be treated as equals and

1 - Especialista em Filosofia do Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Graduada em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (UNIFOZ). Advogada.

2 - Especialista em Processo Civil pela UNIPAR. Especialista em Processo Penal pelo Cescage. Graduado em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (UNIFOZ). Funcionário Público Federal.

3 - Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal. Professor de Criminologia e Processo Penal na Faculdade de Telêmaco Borba-FATEB e advogado.

may even compete for a dignified life and meritorious manner. In this scenario, we find that affirmative action can indeed contribute significantly to this goal, namely, to create and establish equal conditions for all citizens, understanding that this is an instrument that arises from our cognitive evolution on the subject, therefore, left the stage discussions and disputes for we enter the phase of sedimentation and formalization of a range of rights, enshrined as “Principles”, then reaching a new phase in the transformation of disputes realization of what is constitutionally guaranteed, the dreamed equality. Finally, we understand that for this purpose be achieved - the realization of human dignity for all - will require that these courses are offered on a large scale in areas that really cause social transformation, especially in the areas of education and work, as these are the pillars that will lead the transformation and maintenance of a democratic society for all.

Keywords: *Affirmative Action; Equity; Effectiveness of Human Dignity; Democracy; Equality; Fundamental rights.*

1 - INTRODUÇÃO

Com a tão esperada promulgação de nossa Carta Constitucional de 1988, esperávamos que a fase de lutas houvesse encerrado, até porque a conquista desse feixe de leis constitucionais sedimentaria uma nova ordem, a ordem democrática de direitos. Era a sonhada e proclamada Constituição Cidadã. Dias de grandes lutas foram travadas, após anos havíamos saído da idade das trevas, dos tempos da Ditadura. Havia, portanto, se apagado aquele tempo de opressão e silêncio do próprio pensamento humano sobre todas as coisas. Nossos direitos individuais e das minorias agora estavam garantidos, bastando a nós cidadãos somente aplicar e usufruir os instrumentos constitucionais estabelecidos.

Mas, com o passar dos anos verificamos que não foi isto que se realizou. Observa-se e de modo positivo que realmente estamos em uma nova fase, a do Constitucionalismo, onde as garantias fundamentais estão formalmente estabelecidas, mas a existência de conflitos ainda permanece, porém agora em outro estágio. As disputas ou, como queiram, lides são para a concretização desses direitos existentes, principalmente no que refere às minorias.

Cabe ressaltar que o termo minorias, aqui utilizado, é entendido não como no sentido quantitativo, mas sim no sentido dos grupos que são marginalizados. Sendo que em muitas situações ocorre justamente o contrário, como, por exemplo, no caso das mulheres, que, apesar de serem maioria em nossa população, são ainda no aspecto da representatividade política de presença insignificante frente ao sexo oposto.

Nesse sentido, observa-se que mesmo sendo o espaço das decisões legislativas, direcionadoras de nosso país, é a mulher ainda posta à margem do poder, tendo que superar o “status quo”, onde as situações não lhe são favoráveis; muito pelo contrário, partindo de uma posição de desvantagem sociocultural na luta pela vida plena, sendo até pouco tempo seu espaço apenas de dona do lar, diga-se administradora.

Buscam estas minorias, ainda nos tempos atuais, os ideais da Idade Média - Revolução Francesa -, onde querem cristalizar e efetivar a base da igualdade para que todos indistintamente possam ter condições razoáveis para alçar voos, para conquista da sonhada liberdade, de onde poderão então espalhar a fraternidade aos demais. Cabe ressaltar aqui o pensamento de Ghandi, o qual busca “desmistificar a superioridade do estilo de vida do opressor” (apud SANTOS, 2001, p. 374) e reconhecer o direito dos diferentes possibilitando sua inclusão.

Mas para chegar ao nível da sonhada igualdade fraternal e democrática, atitudes efetivas devem ser tomadas no campo da realidade vivenciada pelos cidadãos; no caso do presente artigo, atitudes precisas no âmbito das minorias.

Essas atitudes podem por vezes alterar a rotina costumeira, ou ainda o costume sedimentado, principalmente elevar os ânimos daqueles que se encontram na zona de conforto, aproveitando do que o Estado lhe oferece, deste Estado da forma como se apresenta. Tal desconforto pode e deve começar a partir dos que se sentem reprimidos, daqueles que apesar de ver seu direito tolhido padece e deixa tudo

como está. Assim, o reprimido, reprimindo, se inconformando, buscando tomar conhecimento dos seus direitos, suas garantias mínimas que sejam, passam então a desconfortar aquele que o está oprimindo.

Mas quando aquele que está sendo oprimido desconhece seus direitos, como lhe cobrar alguma atitude? Observa-se que invariavelmente os cidadãos desfavorecidos nem têm conhecimento de seus direitos enquanto lei.

Por outro lado, mesmo tendo conhecimento de seus direitos, quem o socorrerá quando aquele que está sendo usurpado não tem condições econômicas de se armar da instrumentalidade que lhes é exigida, ficando sua defesa muitas vezes apenas nas primeiras instâncias, sem ser exercida até a última instância, diga-se ao Supremo Tribunal Federal (STF)?

Então, em que pese nossa Carta Magna ter evoluído substancialmente, trazendo um grande arsenal de garantias individuais e sociais, as minorias continuam sendo usurpadas. Sendo por esse motivo que chega-se a fase onde se buscam instrumentos outros para promoção da isonomia entre as partes, passando do estágio do formalismo para a materialização da dignidade plena dos cidadãos.

Nessa busca da concretização dos anseios de nossa República cristalizados na Constituição de 88, vejamos o que nos traz em seus primeiros artigos, mais precisamente no art. 3º, senão vejamos: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Os objetivos como pode ser verificados através da interpretação intelectual que tem por fundamento a construção de uma sociedade livre, justa, igualitária e solidária.

Para que esta nova fase se aperfeiçoe, foi observada a necessidade de isonomia e integração entre os cidadãos, onde os direitos passem do formalismo contextual para a o dia a dia real dos cidadãos nacionais.

Foi então nesse contexto que se apresentam as “Ações Afirmativas”, como instrumento para busca deste fim, o qual, a concretização dos direitos e garantias fundamentais - Individuais e Sociais - formalmente existentes em nossa Constituição, porém de concretude lenta e por vezes inexistentes.

O tema proposto se desenvolve a partir do raciocínio lógico estrutural de modo qualitativo, utilizando-se como fonte outros pesquisadores e doutrinadores que já estudaram e escreveram sobre o tema, além de decisões das cortes jurisdicionais do País. Refere-se, portanto a pesquisa teórica com levantamento e dúvidas e apontando possíveis soluções.

Desse modo, é cristalino que o tema não é inovador, mas sim específico, claro ao que tantos estudiosos e pesquisadores vêm discutindo e propondo para efetivação das garantias constitucionais.

Ao analisar criteriosamente de modo a dialogar na direção de uma possível solução é em si perpetrar e efetivar o Direito enquanto gerador de Justiça e Paz Social. Ademais, são as Ações Afirmativas o método que mais se aproxima do almejado: “garantia das garantias constitucionais das minorias”, porém sabe-se da necessidade de ajustes e correções, sendo um modelo a mais a ser apresentado na busca incansável e fascinante da tão sonhada e almejada isonomia na aplicação dos direitos.

2 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ORDEM DEMOCRÁTICA DE SEUS DIREITOS

A busca incansável dessa pesquisa é acrescentar valor ainda maior à necessidade de concretizar os anseios descritos em nossa Constituição Cidadã, que traz, entre seus objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como meio hábil de concretização da Democracia.

Assim, com o passar do tempo, há se tornar cada vez mais uma realidade, deixando de ser somente de um objetivo a ser alcançado ou um ideário.

Para tal intento, é necessário que hajam discussões com o fim próprio de chegar-se às melhores soluções, sendo este o centro da Democracia, o falar e também ouvir. Sabedores somos que nossa sociedade é discriminatória; portanto, cabe a nós evoluirmos para atingirmos o nível elevado, indo ao encontro com a dignidade da pessoa humana estabelecida em nossa constituinte originária.

Primeiramente, cabe ressaltar que a conceituação de Dignidade da Pessoa Humana se apresenta de forma ampla, sendo difícil defini-la. Mas podemos entendê-la, como, por exemplo, se definir o mínimo para que o ser humano possa constituir uma vida honesta e de respeito, baseada no respeito ao indivíduo, de modo que esse indivíduo tenha oportunidades, assim como possa usufruir do que o Estado deve oferecer. Porém, não se deve olvidar de quê, mesmo essas necessidades, podem ser alteradas com o passar dos anos.

Observa-se aflorar os ideais da Dignidade Humana, dentre os quais, o da igualdade nos tempos modernos como os ideais da Revolução Francesa, que foi ideário que marcou a independência norte-americana, onde primava-se pela atenção jurídico-formal, devendo o estatuto legislativo ser aplicado de forma genérica e abstrata. Sua aplicação haveria de ser uniforme para que se atingisse todos cidadãos de forma uniforme. (MOREIRA, 2013).

Já no que se refere ao nosso país, verificamos a primeira referência Constitucional da Dignidade da pessoa humana em 1934, estando englobada com a nossa igualdade formal. Nessa toada, a Constituição de 1988 a estabelece de modo explícito, chegando ao degrau de Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Esse princípio prevalece sobre os demais direitos e alcança o patamar de Cláusula Pétrea, reforçada a igualdade formal, estipulada já no artigo: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Vê-se no artigo constitucional mencionado, que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo dentre seus alicerces a Dignidade da Pessoa Humana, assim como os valores sociais do trabalho. Porém, com o passar dos anos verifica-se que se apresentam apenas formalmente, não se encontram conectados com os anseios da população, que busca a aplicação direta, concreta desses direitos, notadamente o da igualdade. Passa-se então, a uma nova luta social, a da efetividade dos direitos das minorias, principalmente no que diz respeito à educação e ao trabalho.

Entre dos direitos fundamentais, direitos esses da maior essencialidade, encontra-se o da Dignidade da Pessoa Humana, sendo: indisponíveis, imprescindíveis, invioláveis e irrenunciáveis em razão de tão alto grau que detêm na essencialidade em um Estado Democrático de Direito.

Nesse novo contexto, buscam os cidadãos o exercício pleno de seus direitos, agora constituídos formalmente; busca-se a Democracia plena, onde a cidadania se faz presente, onde cada cidadão busca seus direitos e deveres iguais perante à institucionalização do Estado Democrático de Direito. Diretos dentre os quais: ser o protagonista dessa nova realidade que se apresenta, onde tem o sagrado direito “a voz” que comanda os rumos que deve o Estado seguir.

Vale aqui registrar um bom exemplo: a eleição de governantes deste país pelo voto direto. Essa prática democrática é a maior e mais importante ação rumo à igualdade de todos, pois “um cidadão vale um voto”.

Neste ponto é de grande interesse o pensamento de Thomás de Aquino, para quem a dignidade humana representa uma qualidade inerente a qualquer ser humano, sendo exatamente o que também o distingue das outras criaturas: a racionalidade, que na visão do autor torna o cidadão livre e o responsável por seus atos, sendo por estão razão o ser mais perfeito de todo universo, tendo valor absoluto e um fim em si mesmo.

3 - VIABILIDADE INSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE REDUÇÃO DO ABISMO SOCIAL ENTRE MINORIAS – AÇÕES AFIRMATIVAS

Outrossim, cabe ressaltar um ponto de indagação: Qual justiça igualitária que buscamos alcançar? Nesse sentido, quem bem textualiza esse ponto é Aristóteles, cujo pensamento diz: “justiça seria a dar a cada um aquilo que elas merecem”. Tem-se então que dar condições para que todos tenham condições iguais, condições equânimes para disputas que a vida apresenta. É a tão sonhada justiça efetivada.

Mas, com o passar do tempo, passou-se a questionar até que ponto estas garantias e direitos realmente haviam alterado a conjuntura das minorias, pois estas continuavam à margem do sistema, havendo um descompasso entre a legislação existente e sua efetivação.

Com passar dos anos, verifica-se a luta pela consagração dessa justiça sócia; notadamente o que se refere às minorias, vê-se organizando, surgem grupos sociais instituídos, diga-se por exemplo, MST, Movimento Sindical, dentre tantos outros que buscam a concretização daqueles direitos formais existentes mas ainda não aplicados de forma concreta.

Pode-se dizer que a formação desses grupos organizados é um modo instituído de não se contentar com a situação que interessa aos grupos dominantes, a de se manter o status quo. Desse modo, os grupos das minorias ganharam espaço e estrutura para melhorar e concretizar seus direitos, diminuindo o abismo social, reduzindo as injustiças sociais e mitigando as desigualdades existentes. Mas tudo isso ainda não é o bastante.

Dentro dessa evolução, observa-se a utilização de meios legais pelos próprios cidadãos que tiveram oportunidades nos vários campos do conhecimento sociocultural. Deixando o papel de agente passivo de lado, para então agir utilizando-se do arsenal legal existente trazido pela Constituição Federal de 1988, tais como: mandato de injunção; mandado de segurança; ação popular; habeas data, e outros... E quem vive a margem dessas possibilidades? Como poderá igualar-se àquele? Nesse contexto, o presente artigo argumenta sobre a aplicabilidade das ações afirmativas.

4 - FUNÇÃO ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS

Entendemos que através desses métodos proativos, a sociedade organizada e cidadão atuante, haverá realmente desenvolvimento no incremento da concretização dos direitos, mas também vale ressaltar que há um ator indispensável nesse contexto social, porém sua efetividade é ínfima na busca da equidade dentro das desigualdades existente na sociedade atual, o qual seja, o Estado.

O Estado, dentre a infinidade de obrigações, deve atender também a sociedade, como segue:

Estado provedor – realizando ações concretas que lhe caberia. Somente com cidadãos tendo a educação básica, estes terão condições de saber os caminhos a serem seguidos e sabedores de quais direitos lhe dizem respeito, podendo lutar pelos mesmos. Esta falta de conhecimento ocorre principalmente nas periferias. Nesses locais, observa-se mais claramente que são os mais carentes de estrutura e falta de concretude de direitos. Pode-se elencar vários exemplos: falta de creches para que as mães possam deixar suas criança para que possam trabalhar; escolas em condições de ofertar uma educação de boa qualidade para formação de cidadãos aptos a exercer sua cidadania, assim como se tornarem formadores de opinião,

Estado Fiscalizador - cabe ao Estado fiscalizar se as leis estão sendo realmente cumpridas. Empreender um sistema fiscalizatório eficaz, principalmente no que refere à fiscalização de investimentos públicos. Muito se sabe sobre desvio, mas pouco se faz para reduzi-lo ou exterminá-lo. Investimentos determinados para a educação devem ser investidos na educação. Hoje se fala muito em inclusão, a legislação visa incluir os especiais. O foco está em incluir as minorias, empresas estão contratando o percentual referente a pessoas com necessidades especiais, partidos políticos estão apoiando as mulheres para incentivá-las à vida pública. Esses são alguns exemplos de ações proativas, motivadoras ao exercício da Democracia.

Todavia, observa-se que o Estado mais uma vez peca em suas responsabilidades. E como mudar essa situação? O primeiro passo é massificar os cidadãos de modo geral que ele tem que se tornar apto a exercer sua cidadania fiscalizatória, pela cobrança aos órgãos públicos de suas obrigações. Mas como fazer isso se o Estado não dá condições aos cidadãos, tais como educação e trabalho para todos, para que ocorra a democratização efetiva?

5 - AÇÕES AFIRMATIVAS

Por tudo aqui exposto, verificamos que já passamos da fase do formalismo legal da igualdade e

chegamos à fase onde a nação busca a concretização da isonomia, mas ainda lhes falta instrumento para alcançar este objetivo. Burdeu afirma que “politicamente a democracia tem por escopo a liberação indivíduo das coações autoritárias. Econômica e socialmente, o benefício da democracia se demonstra na existência no âmbito da coletividade, de condições de vida que possa garantir a cada pessoa a segurança e comodidade para sua felicidade. Uma sociedade democrática é, destarte, aquela em que se afastam as desigualdades proporcionadas pelos revezes da vida econômica, em que o dinheiro não é fonte do poder, em que os trabalhadores estejam sob a proteção das opressões, que embaraçam a possibilidade de encontrar um emprego. A democracia social tende, com isso, a estabelecer entre os indivíduos uma igualdade de fato que sua liberdade teórica não pode certificar”. (BURDEU apud SILVA, 2011)

Devemos entender que a Democracia é um sistema que prima pela figura ativa do cidadão, aquele sujeito de direitos e deveres que realmente exige que seus direitos sejam respeitados, tal como o de participar do pleito de eleição de seus representantes. Também o cidadão que cumpre com suas obrigações, tal como fiscalizar se aquele representante eleito pelo seu voto está realizando, trabalhando para cumprir suas obrigações políticas e cumprir com suas promessas eleitorais.

Como bem afirma Bonifácio, “cidadania é um atributo inerente à pessoa que está contida no Estado; é a qualidade de ser cidadão; de ser membro do Estado; de ser destinatário da ordem jurídica pertencente ao Estado. Incutem-se direitos e deveres ao indivíduo por ser pertencente às decisões dos poderes constituídos. A cidadania é expressão republicana demonstrada em inúmeras narrativas ao longo do texto constitucional”. (BONIFÁCIO apud OLIVEIRA, 2012).

Ainda sobre o tema, Oliveira comenta, “nesse diapasão, o plexo de direitos do cidadão, por sua condição de partícipe, deve ser plenamente respeitado pela ordem constitucional e os instrumentos disponíveis em nosso texto constitucional devem ser utilizados em caso de lesão à ordem jurídica.” (OLIVEIRA, 2012)

E a base da nossa cidadania está calçada nos Direitos Fundamentais, direitos esses que estão arraigados na essência do ser humano, e sem este não há que se falar em cidadania. São os direitos fundamentais que garantem a dignidade da pessoa humana, virtude tão intrínseca que se apresenta de modo irrenunciável. Como conceber um cidadão sem direito à vida, à liberdade e à igualdade? Tal como ensina Bonifácio, “fruto da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais não se transferem, nesse ponto, sendo correto afirmar que são indisponíveis, onerosa ou graciosamente” (Bonifácio, 2008).

Nesse mesmo sentido, Bonifácio também afirma “são os direitos fundamentais, ainda, imprescritíveis e invioláveis, infligindo diretrizes e regramentos que devem ser acatados por todas as autoridades e instituições, públicas ou privadas.” (BONIFÁCIO, 2008)

Inserido nesse contexto histórico constitucional é que são apresentadas as Ações Afirmativas, instrumento que viabiliza resguardar a dignidade humana, através da concretização dos direitos fundamentais, notadamente da igualdade entre os cidadãos.

Busca-se a correção das injustiças sociais que, na visão de John Rawls, “só poderá advir da prática de uma política que vise a equidade. A partir da verificação das camadas sociais mais desfavorecidas, em razão da raça, sexo, cultura e religião, devem ser criados mecanismos para que todos, apesar das discrepâncias possam existir, tenham capacidade de ter suas diferenças supridas e possam comungar de uma máxima efetivação da justiça social. (OLIVEIRA, 2010)

Quem muito bem esclarece sobre as Ações Afirmativas é o Ministro Gomes, o qual em seus apontamentos discorre: “Atualmente, as ações afirmativas, podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitiva, que se singulariza por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão

concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito”.

Mas há de se destacar uma característica marcante nas Ações Afirmativas: o da transitoriedade, em razão de que, quando houver a diminuição das desigualdades e a relatividade das igualdades, estas medidas deverão ser retiradas nessa mesma graduação até chegar-se ao ponto da não mais necessidade de sua existência, eis que acaba com as desigualdades das classes sociais e visualiza-se a igualdade de oportunidades para todos.

Importante colocação a esse respeito é feita por Cruz: “Logo, as ações afirmativas são, em nossa opinião, uma necessidade temporária de correção de rumos na sociedade, um corte estrutural na forma de pensar, uma maneira de impedir que as relações sociais, culturais e econômicas sejam deterioradas em função da discriminação. Negar as ações afirmativas significa negar a existência da própria discriminação ou negar as conquistas que elas trouxeram, especialmente na sociedade norte americana (CRUZ, 2003,).

Um excelente exemplo de aplicabilidade das Ações Afirmativas são as cotas em nosso ensino superior. Este ponto é importante porque toca na possibilidade de mudança. É com enfoque na educação que se pode gerar indistintamente a concepção de grande e valoroso conhecimento de modo geral, pois é na escola que é plantada a semente do futuro cidadão, aquele que é agente de direitos e deveres, que, como foi dito antes, é base para que a Democracia seja exercitada em sua plenitude, fazendo com que o verdadeiro papel do Estado surja, a Justiça Social impere e realmente exista.

Outra Ação Afirmativa que ressaltamos seria a das cotas para pessoas com necessidades especiais. Hoje, no que se refere a essa obrigação, as empresas são obrigadas a contratarem esses trabalhadores. Aqui é resguardado o trabalho, as atividades desenvolvidas por pessoas especiais estão ligadas à proteção e aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, de forma ímpar nos dias atuais, haja vista ser o trabalho a maior contribuição que um cidadão pode realizar a bem pessoal, bem como para a sociedade. Além disso, o resultado do trabalho é que dá o sustento e independência financeira às pessoas de modo geral, aspectos estes tão caros em nossa sociedade consumista dos dias atuais.

Nesse diapasão, pode-se entender as Ações Afirmativas como meios de se promover a interação e desenvolvimento de grupos marginalizados, conforme se posiciona Santos: “Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; temos direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que produza, alimente ou reproduza as desigualdades (SANTOS, 2003).

Todavia, é importante registrar que foram diferenciadas as Ações Afirmativas entre lícitas e ilícitas, sendo que neste artigo estamos tratando apenas das lícitas ou positivas. Elas buscam trazer, dar meios, utilizar mecanismos para que os grupos marginalizados possam evoluir e ver garantidos seus direitos. Possam também ter condições, por si só, de interagir na sociedade com isonomia e igualdade.

6 - CONCLUSÃO

Dentro do contexto histórico de estabelecimento das Garantias Constitucionais de Direitos Fundamentais do homem e seus Direitos Sociais no Brasil, grande percurso de lutas e conquistas foi traçado gerando como consequência grande evolução em todos os setores sociais atuais, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988.

Todavia, essa evolução tem como ponto de partida uma sociedade medieval com escravos, sistema patriarcal onde mulheres não tinham voz nem direitos mínimos, pessoas com necessidades especiais eram marginalizadas, até mesmo sendo extirpadas do convívio social, etc. Dessa forma, é que surge a necessidade de respeitar, abrigar para pacificar situações insustentáveis. O próprio Direito tem a missão precípua de pacificar e regular a conduta de convivência entre os homens e mulheres, cidadãos de modo geral. É a estabilidade que somente o Estado através das leis pode concretar.

Ademais, vale ressaltar que quando se trata de minorias não estar-se-á se posicionando sobre processo quantitativo e sim qualitativo, ou melhor, é a valorização concreta da Dignidade da Pessoa Hu-

mana daqueles que menos possibilidades tiveram. Nesse sentido, qualidade aqui faz referência a oportunidades e concretude dos valores postos constitucionalmente por nosso Poder Constituinte Originário.

Corroborando com as afirmações apontadas, preleciona Moreira “ ...Em todo o mundo...Minorias étnicas continuam a ser desproporcionalmente pobres; desproporcionalmente afetadas pelos desemprego e desproporcionalmente menos escolarizadas que os grupos dominantes. Estão sub-representadas nas estruturas políticas e super-representadas nas prisões. Têm menos acesso a serviços de saúde de qualidade e, conseqüentemente, menor expectativa de vida. Estas, e outras formas de injustiça racial, são a cruel realidade do nosso tempo; mas não precisam ser inevitáveis no nosso futuro” (ANNAN apud MOREIRA, 2013).

O Brasil com a advento da Constituição Federal de 1988 pode trazer para os seus cidadãos um arcabouço legislativo com garantias e direitos fundamentais direcionados para o ser humano como ente participativo de uma sociedade. Nesse contexto, a igualdade entre seus pares já está garantida formalmente, porém sua concretização ainda pede grandes investimentos, sendo necessária a implementação de políticas públicas.

Na ordem de concretude dos valores prelecionados como Cláusulas Pétreas na Constituição Federal de 1988, dentre elas a Dignidade da Pessoa Humana e a Igualdade, surgem as Ações Afirmativas na década de 1960, nos Estados Unidos da América, com o Presidente John F. Kennedy, como forma de promover a igualdade entre os negros e brancos norte-americanos. Esse método prático tem como objetivo a integração entre os indivíduos que estão no âmbito na marginalização social, havendo vários benefícios com sua utilização, visualizando o estabelecimento concreto e viável de uma verdadeira ordem democrática. Não se pode esquecer que as ações afirmativas serão utilizadas sempre de modo transitório e ajustadas conforme a situação social vivenciada.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. Coleção Professor Gilmar Mendes. N.º 8. São Paulo : Método, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF : Senado Federal, 1988.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito á diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUIMARÃES, A. S. A. **A Desigualdade que anula a desigualdade notas sobre a ação afirmativas no Brasil**. In: SOUZA, J. (org.) Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil- Estados Unidos, Brasília: Paralelo 15, 1997.

MARTINS, Flaudemir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MOREIRA, Gerliane Cabral. **O princípio da igualdade nas ações afirmativas e a política de quotas**. Disponível em :< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3166> acesso em 23 maio 2015.

PIOVESAN, Flávia . **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Ja-

neiro: Civilização Brasileira, 2003.

SASSAKI, Romeu Kazumi, **INCLUSÃO : construindo uma sociedade para todos**. 8. Ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PARTE II

Administração pública e os
dilemas do Estado contemporâneo

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A UTILIZAÇÃO DE MÁSCARAS EM PROTESTOS POPULARES

Rafaela Gonçalves de Freitas¹

Alencar Frederico Margraf²

Área de concentração: Direito

Grupo de trabalho: Administração pública e os dilemas do Estado contemporâneo

RESUMO

Um dos assuntos verificados e discutidos na sociedade contemporânea é a questão da atuação popular nas manifestações. Há a presença de manifestações pacíficas e não pacíficas. Essas manifestações não pacíficas provindas de violência dizem respeito aos chamados Black Blocs que agem de forma violenta nas manifestações. Este artigo tende a demonstrar a forma como estes agem dentro destas manifestações, e a proibição de leis que contrariam ao uso de máscaras em manifestações, sancionadas em diversos lugares no Brasil.

Palavras-chave: *Black Blocs; violência; manifestação.*

RESUMEN

One of the subjects examined and discussed in contemporary society is the question of popular action in the demonstrations. There is the presence of peaceful and not peaceful demonstrations. These non-peaceful demonstrations stemmed from violence relate to so-called Black Blocs who act violently in the demonstrations. This article tends to show how they act within these demonstrations, and the prohibition of laws that run counter to the use of masks in demonstrations sanctioned in several places in Brazil.

Palabras - clave: *Black Blocs; Violence; Demonstration.*

1 - INTRODUÇÃO

Um dos assuntos discutidos na sociedade contemporânea é a questão da atuação popular nas manifestações. O conceito de desobediência civil encontra seu alicerce no conceito de resistência, que seria o movimento popular de questionamento de autoridade.

Atualmente, um assunto de bastante discussão está relacionado à violência nas manifestações, que seria realizada pelos Black Blocs, manifestantes de ruas que se diferenciam dos demais por usarem vestimentas pretas e esconderem seus rostos com máscaras ou panos. Nos últimos anos foram sancionadas no Brasil algumas leis com o objetivo de proibir esse uso de máscara em manifestações.

Nesse artigo pretende-se demonstrar a forma de manifestação violenta no Estado Democrático de Direito e, com efeito, demonstrar que nem sempre uma pessoa que estiver mascarada em meio a um protesto cometerá atos de vandalismo.

1 - Acadêmica de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba- PR

2 - Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busatto de Ensino. Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB-PR; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (maio/2013-maio/2015). Professor na Faculdade Educativa e Cultural Amélia (SECAL).

2 - METODOLOGIA

Neste presente artigo foi utilizado o método dedutivo, fundamentado por meio de livros e artigos científicos. Por meio de um processo claro, visa-se demonstrar nesse presente trabalho a forma de manifestação adotada pelos Black Blocs e a proibição do uso de máscaras sancionada legalmente pelo Estado.

3 - HISTÓRIA DOS BLACK BLOCS

A terminologia “Black Bloc” é de origem alemã, e foi usada pela primeira vez por um promotor Alemão no início dos anos 80, quando tentou acusar um grupo de manifestantes violentos por associação a um movimento terrorista.

Esse termo refere-se a uma estratégia de manifestações de ruas, que se apresenta com o intuito de garantir a autodefesa dos manifestantes ante às ações repressivas do estado, como a força policial e também posteriormente atacar e destruir instituições estatais e edifícios de empresas. O grupo se diferencia dos demais nas manifestações e protestos, pois os integrantes destes usam vestimentas pretas, capacetes ou panos e escondem seus rostos com máscaras para evitar o reconhecimento.

A popularidade maior dos Black Blocs, entretanto, ocorreu a partir de 1999, quando ocorreram manifestações do que se convencionou chamar de movimento antiglobalização. Essas manifestações ocorreram nos mesmos lugares em que as organizações representantes do capitalismo internacional realizavam suas assembleias.

No Brasil, a participação mais recente dos Black Blocs se revelou nas manifestações que ocorreram em junho de 2013, contra o aumento da tarifa do transporte estabelecida pelo Passe Livre. Para alguns setores da sociedade, a manifestações dos Black Blocs atentam contra a ordem social ao realizar tais ações, como: queimas de lixeiras, lançamentos de pedras, tijolos e ataque a prédios, tanto de ordem pública, como de ordem privada.

Atualmente, para algumas pessoas, os chamados Black Blocs são vistos mais como anarquistas, e não necessariamente como uma base organizacional.

4 - DESOBEDIÊNCIA CIVIL E O DIREITO DE RESISTÊNCIA

A Lei nº 50/2014 e a Lei estadual 6.528/2013 foram sancionadas no Brasil com o objetivo de proibir o uso de máscaras durante as manifestações, ou seja, tem a finalidade de proibir o uso de máscara ou qualquer outra forma de encobrir o rosto do cidadão, com o propósito de facilitar a identificação. No Brasil, a razão pela proibição de uso de máscaras em manifestações seria a preocupação com a estratégia dos Black Blocs.

Os chamados Black Blocs usam da violência como forma de se manifestar, causando danos e destruindo propriedades tanto de ordem pública como de ordem privada. Essa violência causada por estes mascarados cria uma visão para a maioria de que todo mascarado é violento.

O conceito de desobediência civil e o protesto encontram seu fundamento no conceito de resistência. A resistência é todo movimento popular de questionamento de domínio, que estende no ordenamento jurídico de um povo. Nessa acepção, a resistência e a reação estatal quando ressalvam as formas de manifestações populares a questionar a ordem estabelecida é que irá diferenciar modelos autoritários e modelos democráticos do Estado.

Segundo José Carlos Buzanello, a resistência funda-se em um espírito libertário que segue ações pragmáticas coibentes dos poderes abusivos e visa restabelecer uma ordem democrática violada, em seu caráter repressivo³.

Tanto em Lock, como em Hobbes, percebe-se o tema da resistência de forma cautelar, e em especial torna-se um dos conceitos fundamentais a ação política.

3 - BUZANELLO, José Carlos. Direito de resistência constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. XVIII.

Em Hobbes⁴, a chamada resistência aparece basicamente ao tratar da liberdade dos vassallos ou súditos. A liberdade do Estado usufruída pelos súditos está presente nas leis civis, resultantes de um pacto, onde estes saem do estado de natureza para viverem em um estado em que são submissos ao Estado e suas leis. Em uma realidade entre a obediência e a ordem, inicialmente a resistência é vista como uma manifestação contrária à ordem, e, por conseguinte, para alguns seria infratora da legalidade.

Já na obra de John Locke, encontra-se a essência filosófica do direito de resistência. O Estado existe apenas como uma garantia para a liberdade do indivíduo, e para isso é necessário estabelecer limites à vontade do soberano.

Ao contrário de Hobbes, John Locke⁵ substituiu o conceito de desobediência por adesão. A única maneira de que o homem se exclui de sua liberdade natural é quando se integra em acordo com outros homens, formando assim uma comunidade.

John Rawls apresenta a desobediência civil em três partes. Na primeira, ele a define e diferencia das outras formas de desacordo de oposição à autoridade democrática, especialmente da objeção de consciência. Na segunda, ele apresenta as razões da desobediência civil e as condições que a justificam, e, por último, explica a função e a conformação desta em um sistema constitucional⁶.

Ronald Dworkin divide a desobediência civil em três pontos: aquela baseada na integridade, a formada pela justiça e a justificada politicamente. A primeira é admitida por razões de consciência, a segunda é uma tática de oposição que visa alterar uma política da maioria que abusa da minoria, e a última, é caracterizada por ser um ato ordenado para reverter uma política “perigosamente imprudente”⁷.

Segundo Hanna Arendt, a desobediência civil centra na ação política de um significativo número de cidadãos que não mais creem nas garantias convencionais da mudança⁸.

Tanto na filosofia de resistência de Hobbes quanto de Locke, observa-se que há uma brecha no pacto, uma falta de comprometimento do soberano ou governante para com o povo. Com isso surgem os sucessivos conflitos sociais e as violentas rebeliões na história, em face da manutenção das injustiças e desigualdades. O ordenamento jurídico dos povos, seguindo esse pressuposto, volta-se mais para o uso da legitimação da força, para o reconhecimento dos direitos e das conquistas conseguidas por meio das lutas sociais.

Segundo Boaventura de Souza Santos, o exercício da regulação e o exercício da emancipação no Estado Absolutista são meramente compatíveis, uma vez que o Direito não tem apenas função coercitiva, mas também tem uma função educativa. Sendo assim, o Direito é considerado como um princípio ético a serviço da vontade geral e a serviço da transformação social⁹.

Historicamente superado o Estado Absolutista, o Direito surge mais como um instrumento de regulação e já não mais como instrumento de emancipação, sendo cada vez mais isento a uma ideia de resistência. Em meados ao século XIX, surge o Estado Constitucional, novo paradigma de Direito enquanto instrumento de regulação, que tem sua base teórica no Positivismo.

O Positivismo trouxe consigo o reforço do Estado como autoridade, em torno de normas imperativas. A resistência nesse movimento passou a ser limite de liberdade, relacionada a determinados atos que não viessem a tentar contra a ordem jurídica, pois baseada em um Direito estatal, que era por si só a expressão da vontade geral, exposta em um texto de ordem Constitucional.

No moderno Estado Constitucional brasileiro, se podem notar formas de manifestação que envolvem ocupações do espaço público, como nas ruas e praças, que podem ser caracterizadas como esbulho, ou mesmo como crime de dano ao patrimônio público.

Diante de uma sociedade globalizada, em pleno século XXI, o direito à resistência também pode ser concentrado nos tempos atuais, quando se depara com a realidade de manifestações e protestos existentes nos Países.

4 - HOBBS, Thomas. O Leviatã. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 130.

5 - LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1994, p.139.

6 - RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

7 - DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2000

8 - ARENDT, Hannah. A Desobediência Civil. Brasília: UNB, 1988.

9 - SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002, p.31.

5 - DIREITO DE MANIFESTAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os chamados Black Blocs, na maioria das vezes, são apresentados como jovens violentos que estão sempre com os rostos cobertos e vestidos de preto. Usam de suas estratégias nas manifestações para questionar o sistema vigente.

Vários são os questionamentos feitos pela sociedade ante estas estratégias dos Black Blocs. Dessa forma, as pessoas questionam se essas manifestações são legítimas, se existem fronteiras estabelecidas na lei para os possíveis limites de uma manifestação popular, ou mesmo se a democracia não estaria sendo ameaçada com essa situação violenta.

Como se pode observar, a lei é norteadora do Estado e estabelece funções e atribuições quanto aos cidadãos que estão presente dentro de seus limites. Porém, é evidente que nas últimas décadas o papel dessa Lei tem se perdido em meio às manutenções do poder. Longe deste papel as reações da população passam a ser o caminho para dominar tal situação de estagnação estatal.

O Estado Democrático de Direito, para José Afonso da Silva¹⁰, se funda no princípio da soberania popular, que impõe a participação eficaz da sociedade na coisa pública, participação que não se extenua na simples formação das instituições representativas, que constituem o Estado Democrático, se funda no princípio da soberania popular em estágio da evolução do Estado Democrático.

É fundamental para se manter a democracia a determinação da norma, que apresenta em si a possibilidade de convivência entre todos os cidadãos que vivam no Estado. Estas normas não podem ter apenas funções proibitivas, mas a forma também de garantia de direitos, a fim de favorecer a concorrência entre interesses e opiniões.

A acepção do Estado Democrático de Direito cumpre buscar um governo que seja democrático e de direito, e esta busca tem um fim único que é a garantia a toda a sociedade da sua dignidade para viver, pensar, existir e simplesmente ter um convivência digna.

Atualmente, a estratégia dos Black Blocs tem assumido papel de grande relevância, pois estão presentes na mídia. José Afonso da Silva¹¹ exprime que o princípio da constitucionalidade traz a questão de que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma constituição emanada da vontade popular, que dotada de supremacia una todos os poderes com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional.

Os movimentos sociais estabelecem uma política participativa eficaz, que é hábil para reivindicar questões sociais junto ao Estado. A participação política é referência para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

As manifestações populares são consideradas pontos desse Estado Democrático e são vistas como forma de comunicação, trazendo assim diversos interesses, como as lutas, os descontentamentos e os discursos sociais.

Fernandes¹² mostra que a defesa dos valores democráticos é indispensável para o alcance de uma convivência social e do bom funcionamento da comunidade geral e do Estado.

Na legislação brasileira não se tem o impedimento de manifestações. Apenas a lei estabelece limites para manter a ordem e o respeito; sendo assim o direito permite as manifestações, mas de forma pacífica.

Nas manifestações, a violência está bastante presente, tanto na atuação do povo manifestante, quanto na atuação policial. Foi designado na Comissão de Direitos Humanos o projeto de lei que proíbe os policiais a fazerem o uso de balas de borracha, armas de fogo, armas químicas e bombas de efeito moral, como o gás lacrimogêneo em manifestações.

As manifestações de 2013 são relacionadas ao Passe Livre e as manifestações mais recentes são causadas pelo descontentamento dos professores do Estado do Paraná, que são contrários ao projeto de lei, que promove mudanças no Regime da Previdência Social. Essas manifestações deixaram muitas pessoas feridas por haver confronto entre Polícia Militar e professores. O Estado nessa situação faz o uso

10 - SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª Ed. Malheiros, 2007. P66

11 - Idem.

12 - FERNANDES, Eduardo de Oliveira. **Novas manifestações democráticas e antigas dificuldades republicanas**. 02 de Julho de 2013. Defesanet. Disponível em: <http://www.defesanet.com.br/riots/noticia/11360/Novas-Manifestacoes-Democraticas-e-Antigas-Dificuldades-Republicanas/>. Acesso em: maio/2015.

da violência para com a sociedade, nesse caso seria errado dizer que na legislação se tem a proibição efetiva da violência em manifestações.

O projeto de Lei, que visa estabelecer a proibição do uso de máscaras pelos manifestantes, é alvo de críticas, pois nem sempre a pessoa que está usando alguma máscara tenha o objetivo de praticar algum ato de violência. Essa pessoa pode, portanto, estar evitando que por algum motivo em meio à manifestação venha a ser atingida por armas não letais usadas pela polícia.

George Marmelstein¹³ diz que a proibição do uso de máscaras de maneira simples em manifestações é decorrida de inconstitucionalidade.

A violência vista em manifestações providas da sociedade é decorrente do descontentamento desta contra o Estado. Muitas vezes o Estado não estabelece os direitos fundamentais necessários para cada um. Diante disso, Hanna Arendt diz que toda redução de poder é um apelo à violência¹⁴.

6 - ANÁLISE DE LEIS PROIBITIVAS AO USO DE MÁSCARAS EM MANIFESTAÇÕES

As leis que proíbem o uso de máscaras em manifestações foram sancionadas em diversos lugares no Brasil. No Estado de São Paulo foi sancionada a Lei 50/2014, que traz função proibitiva quanto ao uso de máscaras em manifestações populares, com a justificativa de preservar as manifestações não violentas, de atos de vandalismo. Porém, as máscaras de proteção contra gás não devem ser banidas, pelo fato de que os jornalistas que trabalham na cobertura desses protestos desfrutam delas.

A lei sancionada foi considerada inconstitucional pela ONG de Direitos Humanos, vinculada ao Conselho de Direitos Humanos da ONU. Segundo estas organizações, esse fato restringe o direito ao protesto previsto no artigo 5º da Constituição¹⁵.

A disposição contrária ao uso de máscaras para a ONG também adverte que o estado de São Paulo vê durante as manifestações os manifestantes como possíveis criminosos.

O uso de máscaras em protestos políticos no Estado do Rio de Janeiro continua sendo alvo de proibição com a aprovação constitucional da Lei estadual 6.528/2013, que define a proibição do uso de máscaras ou de qualquer outra forma de encobrir o rosto, causando assim um impedimento na identificação durante as manifestações.

George Marmelstein cita que não deve se dizer que algum manifestante que esteja mascarado em meio à manifestação irá cometer um ato violento¹⁶. O uso de máscaras em manifestações pode representar uma expressão da livre manifestação do pensamento.

Ao proibir o uso de máscara, o poder público está banalizando sem necessidade uma série de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e a liberdade de reunião, que seria o meio de manifestação coletiva da liberdade de expressão.

7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tática Black Bloc refere-se a uma estratégia de manifestação de rua, que se apresenta com o intuito de garantir a autodefesa dos manifestantes, e com isso atacar e destruir usando da violência as instituições públicas e privadas.

No Brasil, a presença mais recente destes Black Blocs se revelou nas manifestações que ocorreram em junho de 2013, contra o avanço do valor da tarifa do transporte. Os Black Blocs se diferenciam dos demais protestantes pelo fato de se manifestarem com seus rostos cobertos. Com essa situação foram

13 - MARMELSTEIN, George. **Desafivelando a máscara: o uso de máscaras nas manifestações**. <http://direitosfundamentais.net/2014/04/17/desafivelando-a-mascara-o-uso-de-mascaras-nas-manifestacoes/>

14 - ARENDT, Hannah. **Da violência**. 1969/1970.

15 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm - Art. 5º- XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

16 - MARMELSTEIN, George. **Desafivelando a máscara: o uso de máscaras nas manifestações**. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2014/04/17/desafivelando-a-mascara-o-uso-de-mascaras-nas-manifestacoes/>. Acesso em: 02/06/2015.

sancionadas leis que proíbem esse tipo de circunstância, usar máscaras ou panos para prejudicar a identificação.

A desobediência civil se encontra no conceito de resistência, que seria a forma de se manifestar pacificamente. Diante de uma sociedade globalizada, em pleno século XXI, o direito à resistência também pode ser encontrado nos tempos atuais, quando se depara com a realidade de manifestações e protestos existentes nos países.

Nas manifestações, a violência está bastante presente, tanto na atuação do povo manifestante, quanto na atuação policial. As leis que tendem a instituir a proibição do uso de máscaras pelos manifestantes são alvos de críticas, pois nem sempre a pessoa que está usando alguma máscara tenha a finalidade de praticar algum ato violento. O uso de máscaras em manifestações muitas vezes pode representar apenas uma expressão da livre manifestação do pensamento.

REFERÊNCIAS:

ALVES, Fernando Antonio. **Movimentos sociais, direito de resistência e normatividade: a resistência civil em conflito com a lei e a ordem nos movimentos de protesto, no âmbito do estado constitucional**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v.9, n. 1, ago.2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/44721/31248>>.

Acesso em: 02/06/2015.

ARENDT, Hannah. **A desobediência civil**. Brasília: UNB, 1988.

ARENDT, Hannah. **Da violência**. 1969/1970.

BRASIL. Constituição, 1988.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Eduardo de Oliveira. **Novas manifestações democráticas e antigas dificuldades republicanas**. 02 de Julho de 2013. Defesanet. Disponível em: <<http://www.defesanet.com.br/riots/noticia/11360/Novas-Manifestacoes-Democraticas-e-Antigas-Dificuldades-Republicanas/>>. Acesso em: 22/05/2015.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

MARMELSTEIN, George. **Desafivelando a máscara: o uso de máscaras nas manifestações**. Disponível em: <http://direitos-fundamentais.net/2014/04/17/desafivelando-a-mascara-o-uso-de-mascaras-nas-manifestacoes/>. Acessado em: 01/06/2015

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 28ª Ed. Malheiros, 2007.

SILVA, Marcos Antônio Duarte. **Os Black Blocs, apenas uma estratégia nas manifestações sociais?** Direito Positivo.com.br. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=418>>, Acesso em: 02/06/2015.

TRAMONTINA, Robison; MOZETIC, Vinicius. **A concepção de desobediência civil em John Rawls**. Unoesc International Legal Seminar v. 1, n. 1, 2012.

O CONFLITO DE DIREITOS NO PARANÁ. QUAL DEVE PREVALECER?

Lucas Mainardes Joaquim¹

Gilson Garcia Gomes²

Gilmara Takassi Rosas³

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Administração Pública e os dilemas do Estado Contemporâneo

RESUMO

O presente trabalho visa buscar uma comparação entre os direitos constitucionais elencados no artigo 6º, de nossa Carta Magna, com foco especial na educação, trabalho e previdência social, tendo em vista o caso em comento no Paraná Previdência, do qual vale lembrar que na nossa história recente isto gerou uma série de conflitos, sendo que foi posto a prova, o direito à educação, o direito de greve e o poder repressivo do Estado.

Palavras-chave: Greve; Constituição; Estado.

ABSTRACT

This study aims to seek a comparison between the constitutional rights listed in Article 6 of our Constitution, with special focus on education, labor and social security, in the case under discussion in the Parana Security System, please note that in our recent history, this generated a series of conflicts, and no evidence was put, the right to education, the right to strike and the repressive power of the state.

Keywords: Constitution, Education, Strike, Repressive Power.

1 - INTRODUÇÃO

Conforme exposição acima, o objetivo deste trabalho é expor e fazer uma ponderação dos direitos constitucionais que entraram em conflito perante a greve realizada pelos professores da rede de ensino público do Estado do Paraná, reivindicando ajustes salariais e expressando sua contrariedade de mudanças de regime próprio na Previdência Social do Estado.

Durante a greve, houve uma série de direitos sociais envolvidos, primeiramente os professores do Estado usaram do direito constitucional à greve elencado no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal e o direito de liberdade de expressão positivado no artigo 5º, inciso IX. Em outro lado, grande parte da sociedade paranaense que ficou prejudicada porque foi violado o acesso a seu direito à Educação, elencado no artigo 6º de nossa Carta Magna; e o Estado que usou de forma abusiva seu poder de repressão, violando o contido na Lei 7.783, de 28 de Junho de 1.989.

O escopo será apresentar e analisar cada direito alegado que entraram em conflito e de acordo com a Constituição Federal e sua supremacia chegar a um levantamento e demonstrar à sociedade as atrocidades e abusos cometidos, chegando-se até a ter conflitos físicos, nos quais houve uma série de feridos e o maior prejudicado foi a população paranaense.

1 - Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba: lucas-lmj@bol.com.br

2 - Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba – e-mail: gilsonusa@hotmail.com

3 - Professora e Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba – e-mail: direito@fateb.edu.br

2 - METODOLOGIA

Será utilizado o método dedutivo, qual seja, através do estudo da legislação constitucional, buscar-se-á analisar o caso concreto ocorrido no Estado do Paraná. Desse modo, através da aplicação da lei geral, se pretende dar respostas à situação ocorrida.

3 - DESENVOLVIMENTO

Paraná Previdência é a instituição responsável pelo sistema previdenciário dos servidores do Estado do Paraná. Foi criada pela Lei Estadual nº 12.398, de 30 de dezembro de 1998, pelo então governador Jaime Lerner para substituir o regime de repartição simples pelo de capitalização, com o objetivo de eliminar o déficit da previdência no estado. Este instituto veio a substituir o Instituto de Previdência e Assistência aos Servidores do Estado do Paraná - IPE, que geria a previdência dos funcionários públicos desse Estado.

O dinheiro do FP e FM vem do desconto feito nos salários do funcionalismo que estão na ativa, hoje 11%, e deveria vir, também, da contribuição de 11% do governo. O que é arrecadado, para render, é investido em aplicações financeiras permitidas pela lei. Já o FF – composto pelos aposentados é exclusivamente pago pelo Tesouro do Estado.

Os sucessivos governos, nos últimos 17 anos, contribuíram abaixo do que lhes cabia para custear a aposentadoria dos servidores públicos. O projeto de Lei, apresentado pelo governo é extinguir a Paraná Previdência e passar os recursos do FP para serem administrados pelo tesouro do estado. Essa manobra garantiria que o governo utilizasse os 8 bilhões de reais para pagamento de todas as aposentadorias, aliviando o caixa do Paraná. Mas isso prejudicaria o futuro do pagamento das aposentadorias que ainda estão por vir. Calcula-se que todo o saldo superavitário do FP, se utilizado como pretende o governo, terá desaparecido em menos de 3 anos, ainda no mandato do governador Beto Richa. Além disso, o governo quer instituir a PrevCom, que é um regime de previdência complementar para todos os novos servidores e servidoras do Estado.

3.1 - Origem do Conflito

O conflito teve seu início quando o governo do Estado enviou um projeto de Lei à Assembleia Legislativa do Paraná. Este projeto continha a subtração de uma série de direitos adquiridos pelos servidores públicos do Estado, incluídos no plano de cargos e salários da classe e a transferência de 8,5 bilhões de reais na previdência dos servidores para o caixa do Estado.

No dia 29 de abril de 2015, os professores exercendo seu direito de manifestação pressionavam os deputados estaduais a não votar o projeto do Executivo que tratava da questão previdenciária. Na ocasião mais de 2.500 policiais militares armados com balas de borracha e bombas de gás lacrimogênio, gás de pimenta e cães atacaram os manifestantes, alegando a preservação do patrimônio público e integridade física dos parlamentares, sendo que até o momento do começo da manifestação, não houve violência, sequer houve danos aos prédios públicos ou a integridade dos deputados.

A repressão desmedida contra os manifestantes terminou com mais de 200 feridos e foi amplamente divulgada na mídia, com repúdio da população paranaense e até mesmo repercussão internacional. Foi praticamente um massacre, com cenas de abuso e um despreparo total para lidar com essa situação, tanto do governo no uso de suas atribuições quanto da Polícia Militar no emprego da estratégia adequada para dispersar os manifestantes.

3.2 - Direito a Educação

O Direito à educação é parte de um conjunto de direitos chamados de direitos sociais, que têm como inspiração o valor da igualdade entre as pessoas. No Brasil, este direito apenas foi reconhecido na Constituição Federal de 1988, antes disso o Estado não tinha a obrigação formal de garantir a educação

de qualidade a todos os brasileiros. O ensino público era tratado como uma assistência, um amparo dado àqueles que não podiam pagar. Durante a Constituinte de 1988, as responsabilidades do Estado foram repensadas e promover a educação fundamental passou a ser seu dever. José Afonso da Silva destaca que:

O art. 205 contém uma declaração fundamental, que combinada com o art. 6º, eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. Aí se afirma que a educação é direito de todos, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade. (SILVA, pg. 315, 2012).

Na mesma linha, o autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz que além de um direito de todos, é um dever da família e do Estado, ou seja, que o primeiro incentive, matricule e acompanhe a frequência e desempenho do aluno, e o segundo o forneça e dê estrutura para que o estudante obtenha conhecimentos sociais e também para que seja inserido no trabalho. José Afonso da Silva, em maior grau de exposição, explica que:

Significa que em primeiro lugar, o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito. E em segundo lugar, que todas as normas da função da declaração que a Educação é um direito de todos e dever do Estado e da família e no sentido de sua plena e efetiva realização. (SILVA, 2012, pg. 316).

Como mencionado acima, o direito à educação é um direito básico para todos os cidadãos, pois é essencial para a inserção no meio do trabalho. O objetivo da educação é a formação plena do indivíduo, desenvolvendo sua percepção do mundo de modo que possa agir com autonomia e responsabilidade ao interagir com o meio em que vive. A educação, ao lado da saúde e segurança pública, são a base de um Estado Democrático de Direito, pois sem estas sequer pode-se falar em Estado.

Pedro Lenza em sua obra destaca também que:

A educação, direitos de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (LENZA, 2012, pg. 1076).

Porém, cabe ao Estado, principalmente, dispor estrutura para que todos possam ter acesso para adquirir e desfrutar deste direito, pois a Constituição, considera também o acesso à educação como obrigatório e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, pois além de ser voltada para todos, seu principal objetivo é para aqueles que possuem menos condições financeiras, pois, através do estudo, estes terão maior oportunidade no meio social e inclusão no trabalho.

A nossa Carta Magna menciona em primeiro lugar, em seu artigo 6º, o direito à educação. Sendo assim pressupõe que é um direito social de extrema importância para nossa sociedade, configura-se um direito que não pode ser separado da natureza humana, sendo que este direito traz um conhecimento para todos. Não é em vão que o direito à educação é mencionado por primeiro no artigo 6º de nossa Carta Magna, porque após ele decorrem a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, pois sem Educação seria impossível concretizar os demais, daí sua tamanha importância. O legislador foi extremamente sábio em mencionar o direito à educação por primeiro.

Para ser mais concreto, na obra do Curso de Direito Constitucional, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ele discorre que:

O ensino público deverá ser gratuito em todos os níveis. A ele caberá dar atendimento especializado aos portadores de deficiência, às crianças desde o nascimento até os seis anos de idade. Também promover oferta de curso noturno regular e amparar o educando, no ensino fundamental, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Deverá empenhar-se na erradicação do analfabetismo. (FILHO, 1997, pg. 364).

O direito à educação é um atributo à pessoa humana, pois se relaciona à sua dignidade, pois hoje um ser humano sem desfrutar desse direito não tem as estruturas necessárias para uma aptidão social, pois terá poucas chances no meio do trabalho, e sendo assim tem poucas condições para sua subsistência e muito menos para seus familiares.

3.2 - Direito à Greve

A greve é um direito disponível a todo e qualquer trabalhador, sendo uma garantia constitucional e devendo ser exercida em sua plenitude. Porém, conforme a doutrina de Sergio Pinto Martins, a greve é um risco ao qual o trabalhador se sujeita e a conceitua como:

O conceito de greve, entretanto, dependerá de cada legislação, se a entender como direito ou liberdade, no caso de a admitir, ou como delito, na hipótese de a proibir. A greve é considerada, em nossa legislação, como a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, da prestação pessoal de serviços a empregador (art. 2º da Lei nº 7.783/89). (MARTINS, 2012, pg. 884).

Esse direito é assegurado apenas ao trabalhador subordinado e não pode ser reivindicado pelo trabalhador autônomo, porém pode ser exercido pelo trabalhador avulso, pois, de acordo com os ensinamentos de Sergio Pinto Martins e do artigo 7º da Constituição, o trabalhador avulso tem igualdade de direitos em relação ao trabalhador com vínculo empregatício permanente.

José Afonso da Silva, com mais objetividade, conceitua a greve como:

A greve é o exercício de um poder de fato dos trabalhadores com o fim de realizar uma abstenção coletiva do trabalho subordinado. Inicia-se com base num procedimento jurídico: acordo dos trabalhadores em assembleia sindical; por isso é que se diz tratar-se de “abstenção coletiva concertada.” (SILVA, 2012, pg. 306).

Os conceitos são diferentes, mas o objetivo é o mesmo, pois de acordo com esses dois doutrinadores a greve é uma suspensão coletiva do trabalho, para a reivindicação de melhores condições de trabalho.

Seguindo a linha de José Afonso da Silva, em sua obra do Curso de Direito Constitucional, ele destaca a greve não como um direito fundamental do trabalhador e sim como uma garantia constitucional:

Daí, também, a ideia de que a greve atua através de um procedimento que tem por escopo a formação de um futuro contrato coletivo do trabalho. Vê-se, pois, que ela não é um simples direito fundamental do trabalhadores, mas um direito fundamental de natureza instrumental e desse modo se insere no conceito de garantia constitucional” (SILVA, 2012, pg. 306).

De acordo com o trecho acima, a Constituição dispõe aos trabalhadores, um instrumento para a concretização de seus direitos e interesses reivindicados, sempre visando as melhores condições de trabalho.

O direito de greve na nossa legislação é alçado à categoria de direito fundamental, estando a sua

previsão exposta no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição Federal 1988. O artigo 9º da nossa Carta Magna é que dispõe acerca desse direito.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Comentaremos os mais relevantes aspectos da Lei ordinária 7.783/89, que regulamenta o direito de greve em nosso ordenamento pátrio, bem como os requisitos impostos pela referida lei para a deflagração de uma greve. Abordaremos sobre a previsão constitucional para o exercício do direito de greve pelos funcionários públicos expressa no artigo 37, VII da CF

Como mencionado sobre a Lei 7.783/89, são sexpresso em seu artigo 6º, incisos e parágrafos, os direitos assegurados aos grevistas.

Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

§ 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.

§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.

§ 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

A greve harmoniza-se como liberdade, pois decorre de um exercício lícito. Pode ser considerada como uma liberdade pública, pois é dever do Estado garantir seu exercício.

3.4 - Poder Repressivo do Estado

De acordo com os ensinamentos de Rousseau, em sua obra do Contrato Social, o homem em seu estado de natureza não tinha quem pudesse resolver seus conflitos, então passou parte de sua liberdade para o Soberano para que este resolvessem seus conflitos. Conforme a pesquisa científica de Jhony Antônio da Silva, o autor ressalva:

Tendo em vista essa possibilidade de se tornarem mais fortes pela união de suas vontades e o estado de guerra em que se encontravam, os homens criaram o Soberano para que este resolvesse seus conflitos e disputas. Dando a ele o poder de tutelá-los, e renunciando o seu poder de auto-tutela, onde cada um tinha indubitavelmente o poder de ser juiz de si mesmo e de punir o infrator da lei natural. O soberano era constituído por cada um dos cidadãos unidos entre si, onde cada um se encontrava comprometido sob uma relação de cunho duplo, primeiramente como membro do soberano em relação aos particulares e como membro do Estado em relação ao Soberano. (SILVA, 2014).

Ou seja, foi criado um Contrato Social para que acabassem com o caos em que havia no estado de natureza, pois ali o homem era detentor de suas próprias leis e agia de acordo com sua vontade, a qual muitas das vezes criava a desordem. Portanto, o Estado foi criado para compor e resolver os conflitos de forma pacífica e com poderes para punir aqueles que desrespeitam suas ordens.

O Estado dotado da Soberania exerce um poder repressivo, o qual limita direitos em prol da coletividade, o que confere ao Estado o poder de polícia e a superioridade geral que o Estado cumpre em seu território sobre todas as pessoas bens e atividades.

De acordo com o conceito clássico deste poder, o Código de Trânsito Nacional dispõe em seu artigo 78:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)

O Poder de Polícia exercido pelo Estado é considerado negativo, porque através dele pretende evitar um dano ou mal originado das ações dos particulares. Esta atividade estatal não objetiva outra coisa senão a privação dos cidadãos. Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que:

O tema relativo ao poder de polícia é um daqueles que se colocam em confronto esses dois aspectos: de um lado, o cidadão quer exercer plenamente os seus direitos; de outro, a Administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem estar coletivo, e ela o faz usando seu poder de polícia. (Di Pietro, 2014, pg. 121).

Este poder demonstra algumas restrições em força dos direitos fundamentais do indivíduo estar elencados pela Constituição Federal. A Polícia Administrativa deve observar na hora de utilizar do seu poder, sempre visando a necessidade que só deve ser usada para evitar ameaça real ou provável ao interesse público; a proporcionalidade que é a ajustamento entre o direito individual e o prejuízo a ser evitado e, por fim, a eficácia que nada mais é do que a medida que deve ser tomada e adequada para impedir o dano ao interesse público.

3.5 - O conflitos de Direitos

Como mencionado, a greve que aconteceu no Estado do Paraná, em que os professores da rede de ensino público estavam a exercer o seu direito garantido na Constituição, não somente o direito de greve e junto e o direito de manifestação pacífica, o Estado usou de seu poder para fim ilegítimos, ferindo a integridade física e moral, não só dos manifestantes, mas sim da população.

Devido aos vários conflitos ocorridos, diversos direitos entraram em conflito. Primeiramente, como mencionado, os professores aderiram ao direito à greve e também a manifestação. Por outro lado, o Estado aderiu ao direito de repressão e também alegou abusos cometidos na greve. Porém, não soube usar de seus meios pacíficos para repudiar a manifestação do dia 29 de abril e também para entrar em acordo com os grevistas. Além de não ser uma reivindicação apenas de melhorias salariais e pela não interferência no Paraná Previdência, houve conflitos políticos, os quais dificultaram o acordo com os reivindicantes, pois estava politicamente orientada. Por fim, com a paralização das aulas, foi totalmente atingido o direito a educação, o qual é dever do Estado e da família.

Diante desses conflitos, qual o direito se sobrepõe? Quem foi o prejudicado desse conflito? Com base na teoria de Robert Alexy, o qual faz uma diferenciação entre regras e princípios no comumente da efetivação de um Estado Democrático de Direito, as regras são razões definitivas para o caso concreto, diferentemente dos princípios, os quais são mandamentos de otimização, ou seja, podem ser satisfeitos em graus variados, e na medida de sua possibilidades fáticas ou jurídicas.

No tocante das regras quando estas entram em conflitos, uma delas tem que se sobrepor, ou seja, a qual se encaixa de acordo com caso concreto e a outra deve ser declarada inválida. Na sua obra o autor diz que:

Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-se contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. (ALEXY, 2008, p. 92).

Com relação aos princípios, o autor faz uma diferenciação com as regras, pois nesse um terá que se sobrepor, mas não será declarado inválido. Alexy em seu livro destaca:

Se dois princípios colidem o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. (ALEXY, 2008, p. 93/94).

Robert Alexy deixa bem claro esse modelo, o qual é adotado no Estado Democrático de Direito. Portanto, os princípios não podem ser declarados absolutos, estes são relativos, porque quando entram em conflito um se sobressai em face do outro, mas nenhum é declarado inválido. Por isso, deve-se fazer uma ponderação de acordo com o caso concreto e analisar o qual se encaixa melhor.

Com análise, a greve ocorrida no Estado do Paraná, na qual houve a colisão de vários princípios que tem natureza de norma constitucional, o direito que deve se sobrepor neste conflito é o da educação, pois ele se equivale a um direito fundamental, o qual é dever do Estado e da família, que serve de inserção do indivíduo no ramo do trabalho, além de fornecer conhecimentos necessários para o convívio social e desenvolvimento da nação. Além disso, os estudantes foram os maiores prejudicados com a paralização das aulas, pois o ano letivo foi prejudicado, e, conseqüentemente, foi prejudicada também a sociedade paranaense.

Os professores exercendo seu direito de greve, o qual está constitucionalmente previsto, reivindicando melhores condições de trabalho e a não aprovação de mudanças técnicas no Paraná Previdência, usaram também o seu direito fundamental de manifestação. Porém, a um determinado ponto desta greve, esta foi considerada ilegal e no caso de desobediência estipulada uma multa de 40 mil reais por dia.

Por fim, o governo do Estado, em função da limitação orçamentária, reajustou os salários dos professores em 3,14%, sendo que era reivindicado um aumento de 8,15%. Mas o papel marcante do Governo do Estado foi no dia 29 de abril de 2015. Nesse dia, exercendo seu poder repressivo para dispersar a manifestação em frente à sede do governo e a Assembleia Legislativa, o Governo ordenou a Polícia Militar a agir, resultando em 213 pessoas feridas e causando uma repercussão internacional. O governo alegou defesa ao patrimônio público e a integridade física dos parlamentares, que votaram o projeto que tinha alterações técnicas no Paraná Previdência.

Mister que com fulcro nestas apreciações, e com base na teoria de Alexy, fazendo as devidas ponderações, a educação paraense foi prejudicada por falha do governo, que não soube usar de seus instrumentos de persuasão, abusou e foi violento, e atingiu direitos adquiridos dos educadores, os quais também se encontram constitucionalmente previstos. Também os professores, ao decorrer da greve e suas reivindicações e com orientações políticas de oposição, tornaram a greve ilegal, gerando prejuízo aos alunos da rede de ensino público e ao povo paranaense.

4 - CONCLUSÃO

O presente trabalho, com a direção voltada à Constituição Federal de 1988 e à doutrina de grandes autores do ordenamento jurídico, chega a uma ponderação de direitos para ver qual se sobressaiu

diante da greve ocorrida no Estado do Paraná, a qual gerou muitos conflitos físicos e de direitos.

Ao colocarmos em exposição o fato do dia 29 de abril de 2015, em que o Estado dotado de seu poder repressivo agiu abusivamente contra uma manifestação até então pacífica em frente à Assembleia Legislativa do Paraná, na qual os professores, em seu exercício de manifestação, reivindicaram e desaprovavam a mudança contra o Regime do Paraná Previdência.

Mais adiante, colocamos em pauta o direito à educação, o qual é fundamental e dever da família e do Estado, sendo assim um direito básico de todos e que tem por finalidade inserir os cidadãos no mercado de trabalho e ter conhecimentos para de aptidão na vida em sociedade.

Os professores se dotaram do direito de greve, o qual se faz presente no artigo 37 da Constituição, e também de manifestação em que se encontra na mesma Magna Carta em seu artigo 5º.

Diante de todos os direitos envolvidos, e com base na teoria de Robert Alexy, fizemos uma ponderação de direitos, sendo que todos esses direitos acima mencionados entraram em conflito, e o de maior relevância é o de educação, pois os estudantes da rede de ensino público do Estado foram os maiores prejudicados. Sendo assim, a educação tem que ser levada como um direito fundamental, a qual não deve ser afetada por aqueles que têm o dever de fornecê-la e também por aqueles que têm o dever de ensiná-la.

5 - AGRADECIMENTOS

Agradecemos primeiramente a Deus, o qual nos proporciona esta oportunidade; também ao apoio de nossos familiares e amigos, em especial a nossa orientadora a professora e coordenadora do Curso de Direito, e também à Faculdade de Telêmaco Borba, a qual nos proporciona esta oportunidade didática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AZEVEDO, Reinaldo. **Chega ao fim a absurda e violenta greve dos professores do Paraná. Quem saiu perdendo? Os paranaenses**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/chega-ao-fim-a-absurda-e-violenta-greve-de-professores-no-parana-quem-saiu-perdendo-os-paranaenses/>. Acesso em: 22 de julho de 2015.

CARAZZAI, Estelita Hass. **Professores do Paraná encerram greve após 44 dias**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1639734-professores-do-parana-encerram-greve-apos-44-dias.shtml>. Acesso em: 22 de julho de 2015.

CIVIL, Casa. **Sistema Estadual de Legislação**. <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=8486&codItemAto=80132>. Acesso em: 10 de Agosto de 2015.

CORAZZA, Maycon. **TJ mantém ilegalidade da greve dos professores**. Disponível em: <http://cgn.uol.com.br/noticia/138419/tj-mantem-ilegalidade-da-greve-dos-professores>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 24. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1997.

JUSTI, Adriana. **Professores e polícia entram em confronto durante a votação na ALEP**. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/04/professores-entram-em-confronto-com-pm-durante-votacao-na-alep.html>. Acesso: 16 de julho de 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28ª ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

MADRUGA, Joka. **Entenda a Paraná Previdência**. <http://appsindicato.org.br/Include/Paginas/noticia.aspx?id=11075>. Acesso em: 10 de Agosto de 2015.

MOURA, Cid Capobiango Soares de. **Direito de Greve do Servidor Público**. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13680&revista_caderno=25. Acesso em: 26 de julho de 2015.

PERES, Pedro Pereira dos Santos. **O direito a educação e o princípios constitucional da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5633/o-direito-a-educacao-e-o-principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana#ixzz3hDGNcY5c>. Acesso em: 25 de julho de 2015.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. **O modelo de regras em princípios de Robert Alexy**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10552. Acesso em: 15 de julho de 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª ed. at. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Jhony Antônio. **A quebra do contrato social por parte do Estado, a supressão do bem coletivo e a possibilidade de regresso ao Estado de natureza**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/33310/a-quebra-do-contrato-social-por-parte-do-estado-a-supressao-do-bem-coletivo-e-a-possibilidade-de-regresso-ao-estado-de-natureza#ixzz3i2fyjAXQ>. Acesso em: 03 de agosto de 2015.

A JUVENTUDE BRASILEIRA E SUA CONCEPÇÃO NA AGENDA PÚBLICA

*Elisa Stroberg Schultz
Paulo Fernando Pinheiro
Solange de Moraes Barros*

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Administração Pública e os dilemas no Estado Contemporâneo

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo contribuir com as discussões a respeito das diversas concepções de juventudes encontradas na agenda pública do Brasil nos anos de 2011 a 2015. As relações entre juventude e agenda pública foram levantadas a partir de dados das próprias políticas/programas ou ações disponíveis nos sites dos 24 (vinte e quatro) Ministérios do Governo Brasileiro, das 09 (nove) Secretarias da Presidência da República com status de Ministério e dos 06 (seis) Órgãos com status de Ministério dentro do Governo Dilma. A pesquisa utilizou o método sócio-histórico, com levantamento e análise dos dados e com o referencial teórico-metodológico. Tanto o processo histórico quanto o sociológico, antropológico, jurídico, entre outros, reconhecem a importância da juventude na própria história do mundo, rompendo com muitos dos preceitos. Iniciamos com uma discussão sobre quem é o jovem dos anos 2000, passando a identificar quais são as políticas públicas disponíveis para a juventude, passando ao resultado dos dados coletados, e a grande divergência existente entre as diversas concepções de juventude nas áreas pesquisadas.

Palavras-chave: *Juventude; Agenda Pública; Brasil.*

ABSTRACT

This research aims to contribute to discussions about the various conceptions of youths found on the public agenda in Brazil in the years 2011 to 2015. The relationship between youth and public agenda were raised from 'own data policies / programs or actions available on the websites of 24 (twenty four) Ministries of the Brazilian Government, of 09 (nine) Secretariats of the Presidency to the Ministry of status and 06 (six) bodies with Ministry of status within the government Dilma. The research used the historical socio method, survey and analysis of the data and the theoretical and methodological framework. Both the historical process as the sociological, anthropological, legal, among others, recognize the importance of youth in the history of the world, breaking with many of the precepts. We begin with a discussion of who the young 2000s, starting to identify which public policies are available for youth, passing the results of the data collected, and the wide divergence among the different conceptions of youth in the surveyed areas.

Key-words: *Youth. Conception. Public Agenda. Brazil.*

1 - INTRODUÇÃO

A concepção de juventude atualmente e como ela está sendo entendida no cenário nacional é um grande desafio para a promoção do jovem em âmbito nacional. Assim, traçamos um panorama geral da realidade da juventude em território nacional e quem são os jovens brasileiros hoje, quais suas

características e seu perfil. Sendo assim, é essencial questionar: qual a participação da juventude na formação social brasileira? Passando pela indagação de quem são os jovens nos anos 2000 e chegando ao ano de 2015.

No final das décadas de 80 e 90 no auge da transição democrática no país e após duas décadas de militarismo, inicia-se um processo de reconstrução de seus instrumentos legais e principalmente da dignidade de seu povo junto à garantia de direitos de cidadania.

Com a Constituição Federal de 1988 incorporaram-se as políticas sociais como responsabilidade do Estado e direitos de todos os cidadãos brasileiros. Junto a essas políticas surgiram e firmaram-se também os direitos da população jovem, deixando sua condição de submissão e objeto, passando a serem considerados como sujeitos de direitos.

Tais mudanças tiveram valor no campo político, rompendo não só com a ditadura, mas com valores que eram expressos e determinantes nas relações do Estado para com as classes subalternizadas. No campo econômico, não ocorreu nenhuma mudança e no campo social começava-se a trilhar os primeiros passos que levariam a uma maior igualdade nacional (COUTINHO, 1992).

O aumento da pobreza e a entrada da classe média na disputa por serviços públicos acabam por mostrar a necessidade de políticas neoliberais a serem colocadas em cheque e executadas de maneira que correspondessem a um equilíbrio universal de abertura de mercado. Com a crise gerada por essa nova política neoliberal, largas parcelas da população jovem brasileira encontravam-se em uma verdadeira situação dicotômica, apresentando potencial para viver, mas sobrevivendo a margem da sociedade, sendo vítima de violência, relacionada a drogadição e a exclusão social (SALES, MATOS, LEAL, 2010).

A situação econômica gerada por um modelo de desenvolvimento neoliberal leva a oferta de serviços básicos como saúde e educação de maneira mercantilizada, dificultando o acesso a esses serviços por parte de jovens e crianças. Serviços básicos como saúde e seguridade passam a ser mercantilizados e dificultadas a minorias como os jovens, a infância e a família. Nesse ponto observa-se um grande acúmulo de ações puramente assistencialistas, visando prover o que as minorias não conseguiriam pagar e deveriam ser objetos de direitos fundamentais (BRAVO, 2010).

Tentando combater esse viés (assistencialista), surgem então as políticas sociais com a finalidade de garantir condições sociais de vida e também um “processo contínuo de acúmulo de forças pelos detentores do poder e do capital para as próprias conquistas de poder político.” (BRAVO, 2010, p.15).

Assim a sociedade brasileira observa uma necessidade de estimular o protagonismo e a politização de toda a sociedade em seus segmentos, incluindo os jovens e considerando o seu potencial tanto demográfico quanto social. O Protagonismo surge do discurso internacional proveniente pelo Banco Mundial junto às Nações Unidas, organizações não governamentais e governos de diversos países europeus e americanos, incluindo o Brasil, de modo que fossem priorizadas ações e políticas voltadas ao segmento jovem que há muito tempo permaneceu esquecido (SOUZA, 2008).

E como segmento esquecido ou sem voz, estimulou-se o protagonismo das minorias, de forma a suprir as necessidades dos segmentos por eles mesmos. Nisso inclui-se a juventude passando pelo período de transição democrática e fortalecendo a participação enquanto práxis social de empoderamento do jovem e consolidação de sua atividade participativa dentro da sociedade (STAMATO, 2009).

Então, o Estado e a sociedade passam a considerar a juventude como importante agente de construção do país como segmento fundamental para o projeto democrático de desenvolvimento econômico e social a ser construído. Assim, a juventude apresenta-se através de muitos significados. Dois deles são fundamentais dentro da história do jovem na formação brasileira: o de etapa de vida e o de grupo social.

A etapa de vida está em consonância com as fases que o indivíduo perpassa e deve ser considerada sempre no sentido de período em que o indivíduo forma seus valores e suas representações. O grupo social, no que tange a questão da construção resultante da própria formação social, está relacionado à etnia, gênero, condição física, sexualidade entre outras tantas questões (VIEIRA, 2009).

No que condiz com a realidade do jovem na história, ele encontra-se sempre em segundo plano, segunda opção, sofrendo com o desemprego, falta de inserção, vulnerabilidade, precariedade, criminalidade, violência, prostituição, exploração sexual, gravidez precoce, evasão, escolarização inadequada,

entre outros. Considerando essas questões e a realidade brasileira, trata-se de uma real dicotomia onde se apresenta a juventude como resultante de um país desigual e atrasado e como ponto de partida para a superação desse status (VIEIRA, 2009).

Então a Juventude passa a ganhar status de sujeito de direitos embasando todas as políticas para a juventude no país.

2 - METODOLOGIA

A pesquisa utilizou o método sócio-histórico, com levantamento e análise dos dados e com o referencial teórico-metodológico. Tanto o processo histórico quanto o sociológico, antropológico, jurídico, entre outros, reconhecem a importância da juventude na própria história do mundo, rompendo com muitos dos preceitos.

3 - DESENVOLVIMENTO

Primeiramente, é importante compreender que a juventude nos dias de hoje tem como pais aqueles jovens que passaram pela política da paz e amor, de todo o movimento hippie dos anos 60, o trauma da desilusão com a vida política e a revolução dos anos 70 a 90. Isto, provavelmente influenciou e contribuiu com todo seu modo de pensar e agir, sua proteção e principalmente a valorização de sua liberdade (SINGER, 2008).

3.1 - O jovem brasileiro na agenda pública dos anos 2000

Forasteri, em uma reportagem realizada para o jornal Folha de São Paulo, comentando sobre a primeira pesquisa Data Folha (2005) acerca da juventude brasileira, mostra que o jovem quer saúde, ganhar dinheiro, ser feliz no trabalho e no amor e, principalmente, quer ir para o céu quando morrer (FORASTERI, 2005).

Com relação a esses objetivos, as classes de A a E se igualam. Brancos e mulatos, “manos” e “minas” também se igualam. Cerca de 81% dos jovens entendem que a religião é importante, mas que só seguem os mandamentos do Senhor quando querem. 28% são a favor do aborto e 50% a favor da pena de morte. 35% admitem a tortura e 80% acham importante o sexo, aqui-inimigo de padres e pastores. Esse padrão se repete com frequência: 78% são sexualmente ativos, 87% têm medo da Aids e 72% temem uma gravidez indesejada. Mas só 45% usam camisinha sempre (FORASTERI, 2005).

Sobre a escola, a maioria dos jovens diz que o que se aprende é muito útil. Mas só 51% estudam, 54% já repetiram o ano e 32% não leem livros. Na prática, estão dizendo que o estudo só é importante como passaporte para um salário melhor. A pesquisa de Forasteri mostra também que o jovem é realista nos seus objetivos. Fantasias de ser modelo ou craque de futebol é coisa de uma minoria. Eles pretendem atingir suas metas gastando o mínimo de energia (FORASTERI, 2005).

Tem certo respeito pelas normas do homem e de Deus desde que não atrapalhem sua vida e possuem como referência pessoas famosas, como Ivete Sangalo, Xuxa e Gisele Bündchen. Trata-se de uma geração que bate ponto na moralidade convencional, mas na prática atua segundo seus interesses. “A plebe moleque enfim luta com as armas da elite adulta. Melhor assim.” (FORASTERI, 2005, s/p).

Segundo dados divulgados pelo Instituto de Política e Economia Aplicada (IPEA), a população brasileira no ano de 2012 possuía cerca de 51 milhões de jovens na faixa etária de quinze a vinte e nove anos, o que corresponde a cerca de 24% da população total brasileira.

Uma pesquisa realizada pelo Projeto Juventude/Instituto Cidadania com parceria do Instituto de Hospitalidade e do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) no ano de 2008, com aplicação de questionário semiestruturado pelo Brasil todo com cerca de 4.000 entrevistas com jovens, conseguiu fazer um levantamento do seu perfil dentro do cenário nacional, trazendo uma visão de quem é o jovem no Brasil hoje.

Quanto ao sexo, pode-se dizer que há empate: 50% jovens do sexo masculino e 50% jovens do sexo feminino. Quanto ao estado civil, a pesquisa ainda mostra que 78% dos jovens brasileiros encontram-se em estado civil de solteiro e 20% casados, sendo que os casados correspondem à faixa etária de jovens mais velhos (21 a 29 anos de idade). Desses, as mulheres correspondem à maioria (INSTITUTO CIDADANIA, 2008).

Camarano (2003) afirma tratar-se de uma tendência que não se relaciona apenas pelo sexo, mas também pelo nível de escolaridade do indivíduo, estando casado apenas 10% dos jovens com ensino superior, contrário a 43% dos que apresentam apenas a 4ª série do ensino fundamental (INSTITUTO CIDADANIA, 2008). Abramo (2008) afirma que o casamento pode ser um dos fatores principais para a interrupção dos estudos por tratar-se de momento precário relacionado ao ciclo familiar.

Junto à questão do casamento analisa-se a da independência familiar que se encontra dentro da questão da chefia familiar que, por consequência, cria um novo núcleo familiar. Sendo assim, a pesquisa evidencia que dos jovens casados, apenas cerca de 20% conseguem chefiar sua família. Outros 20% admitem que recebem auxílio da família de origem, seja dele ou da esposa, e apenas 3% dos jovens solteiros admitem que chefiam suas famílias (INSTITUTO CIDADANIA, 2008).

Acerca dos filhos e relacionados à questão do casamento, nota-se que 50% dos casamentos acontecem por questões relacionadas à gravidez, sendo que 20% dos jovens se encontram em condição de maternidade ou paternidade. Desses, cerca de 40% possuem mais de vinte anos e apenas 7% encontram-se na fase da adolescência. 75% que possuem filhos provem de jovens casados, enquanto que os solteiros correspondem a cerca de 9% (INSTITUTO CIDADANIA, 2008).

Quanto à escolarização, nota-se que 64% dos jovens encontram-se em condição de estudantes, sendo 90% relacionados aos mais jovens e apenas 43% acima de vinte anos de idade (INSTITUTO CIDADANIA, 2008). De acordo com o IPEA, o principal problema enfrentado pela juventude é a falta de educação e provavelmente isso deriva da ausência de um sistema educacional eficiente. Ela sofre com a escassez de oportunidades no mercado de trabalho e o aumento da violência.

A questão de a porcentagem ser muito maior relacionada à idade dos mais novos encontra justificativa na própria política nacional de inserção das crianças na escola após a política da prioridade absoluta e a universalização do acesso ao ensino fundamental no final da década de 90 (SPOSITO, 2003; ABRAMO, 2008).

Quanto à escolarização relacionada à renda familiar, nota-se que cerca de 82% dos jovens com renda acima de 10 (dez) salários mínimos encontram-se estudando, enquanto que apenas 60% dos jovens possuem renda de até 5 (cinco) salários mínimos. Dos que se encontram estudando e cruzando os dados com a questão do casamento, apenas 36% dos casados continuam estudando. Ao contrário dos solteiros que corresponde a 70% do total (INSTITUTO CIDADANIA, 2008).

Entre os jovens na faixa dos quinze aos dezessete anos, apenas 48% estão matriculados no ensino médio. Nesta faixa etária, 18% estão fora das escolas e o percentual de evasão eleva-se a 66% na faixa dos dezoito a vinte e quatro anos. Segundo o IPEA e correspondendo com a própria pesquisa do Instituto Cidadania, as principais causas para tais números é o trabalho (para os meninos) e a gravidez na adolescência (para as meninas) (IPEA, 2010).

Quanto ao trabalho, cerca de 75% dos jovens encontram-se na condição de população economicamente ativa (PEA), sendo que desses existem 36% trabalhando efetivamente, 8% estão procurando emprego e 32% estão desempregados. Sobre gênero e trabalho, cerca de 82% são homens e 71% são mulheres e encontram-se em população economicamente ativa (PEA). O nível de desemprego é de 35% para os homens e 42% para as mulheres (INSTITUTO CIDADANIA, 2008). A falta de trabalho atinge 46% do total de jovens entre quinze e vinte e nove anos. 50% dos ocupados entre dezoito e vinte e quatro anos são assalariados sem carteira (IPEA, 2012).

De acordo com o professor Abreu (2006), para boa parte da juventude a entrada no mercado de trabalho não significa apenas a possibilidade de um futuro promissor, mas também a passagem para uma vida adulta. Na verdade, os jovens das classes mais baixas querem arranjar um emprego assim que possível. Para os jovens das classes populares a vida adulta começa muito antes do que para os jovens da classe média. Por outro lado existe uma lógica cruel quanto ao acesso ao emprego. Cerca de 88% dos jovens com menos de vinte anos trabalham na informalidade e possuem a menor remuneração (INSTITUTO CIDADANIA, 2008).

A falta de qualificação encaminha esses indivíduos para o desemprego. Sendo que relacionando esses fatores com a escolaridade e a renda, é possível perceber que para os jovens com nível superior a informalidade corresponde a 33% do total contra 87% dos jovens que tem até a 4ª série do ensino fundamental (INSTITUTO CIDADANIA, 2008).

Relacionando os jovens brasileiros à situação de lazer, Abramo (2008) afirma que uma parte considerável do tempo dos jovens está voltada a questões de socialização. Dessa forma, 78% afirmam que realizam atividades fora de casa, sendo que pelo menos 45% deles indicam atividades de lazer e entretenimento das mais diversas formas. Outro dado importante é que cerca de 24% dos jovens afirmam sentir falta de atividades culturais (INSTITUTO CIDADANIA, 2008).

Um problema apontado pela juventude é o excesso de violência. O IPEA (2012) revela que as duas maiores causas de mortes na população juvenil, a violência e os homicídios, correspondem a 38% das mortes, enquanto os acidentes de trânsito ceifam outros 27%. Segundo relatório do IPEA (2012), a violência faz com que esse período etário seja considerado de alto risco, quando poderia ser um dos mais saudáveis do ciclo vital. De acordo com o levantamento, o número de mortes de indivíduos do sexo masculino é maior que o feminino devido à grande exposição dos homens à violência. Além da violência, comportamentos de risco são também responsáveis por óbitos entre jovens no Brasil.

Nessa linha, pode-se observar o perfil do jovem brasileiro, que enfrenta adversidades relacionadas à sua condição de desenvolvimento. Isto provavelmente afetará sua passagem para o mundo adulto e a sua cidadania. Contudo, vale ressaltar que a pesquisa do Instituto Cidadania mostra que 74% dos jovens brasileiros estão satisfeitos com suas condições físicas, aparência, amizade, relações afetivas, capacidade de tomar decisões, famílias, amigos, relações afetivas, entre outras (ABRAMO, 2008).

3.2 - Políticas Públicas para a juventude brasileira

Existem inúmeras definições para o que sejam Políticas Públicas, de forma que uma boa definição encontra-se no conjunto de sucessivas respostas do Estado frente a situações consideradas socialmente como problemáticas (VARGAS, 1992).

É uma interação entre Estado e sociedade ao tempo que remontam a convivência cidadã que em todas as sociedades é pertinente e auxilia na resolução dos problemas existentes, devendo ser resolvidos como consequência da política, economia, sociedade, cultura, entre outros determinantes exercidos em um dado tempo e espaço. Infelizmente nenhum Estado irá conseguir apresentar condições de resolver todos os problemas que se encontram sobre sua tutela. Sendo assim, há de serem eleitas prioridades voltadas às maiores pressões sociais e que sejam identificadas suas demandas e formuladas políticas públicas (VASCONCELOS, 2009).

Assim, uma política pública deve apresentar três elementos fundamentais em sua composição: o planejamento, que nada mais é do que uma expectativa do que se espera e do que está por vir com a execução de tal política; a decisão, que é a escolha de quais segmentos identificados como problemáticos o Estado vai poder assumir e auxiliar; e a ação, ou seja, aquilo que faz acontecer e difere da política do discurso (VASCONCELOS, 2009). Com as políticas públicas voltadas para a juventude não foi diferente. A história registra uma demanda extremamente urgente e então as pressões sociais se fizeram presente de forma a tornar possível o atendimento ao segmento.

No Brasil, o jovem passou de problema social a sujeitos de direitos e agentes de transformação social. Segundo dados do CONJUVE (2006, p. 22), as políticas públicas relacionadas à juventude no Brasil apresentam três níveis de atividades do governo federal: políticas estruturais, aquelas que visam às políticas continuadas e a garantia de direitos fundamentais; programas que possuem prazo definido e podem ou não estarem envolvidas com as políticas estruturais; e ações, que são medidas de curto prazo ou restritas a determinado público, podendo ou não serem articuladas com as políticas estruturais e os programas.

Junto a essa divisão, o CONJUVE (2006, p. 22) afirma que hoje se considera apenas como políticas públicas para a juventude os programas e algumas ações, sendo as políticas estruturais consideradas de caráter universal que englobam os jovens, mas que não fazem deles principais objetos.

Para Sposati (1997, p. 9-38), as políticas públicas no Brasil deveriam ser associadas às políticas de proteção social, garantindo a cobertura de vulnerabilidades, redução de riscos sociais e um estabelecimento de padrão de vida com as políticas de desenvolvimento social voltada para a educação, cultura, esporte, lazer, saúde, entre outros.

A história apresenta quatro modelos de implementação de políticas públicas para a juventude em toda a América Latina, incluindo o Brasil, sendo a primeira voltada para a educação e o tempo livre, relacionando questões de taxas de escolarização, mobilidade social, dificuldade na geração de emprego e expansão do sistema educacional. Um segundo modelo relacionado ao controle social de jovens mobilizados e voltados a ditaduras. O terceiro modelo é voltado ao enfrentamento da pobreza e dos delitos. Já o quarto modelo inclui a juventude como capital humano para desenvolvimento estruturado para a inserção social e o mercado de trabalho dos jovens (UNESCO, 2004, p. 60).

Tais modelos trouxeram contribuições para as políticas públicas brasileiras, principalmente as que se voltaram para a formação dos jovens visando à entrada no mercado de trabalho e que trazem como pano de fundo a própria política capitalista implícita nas relações Estado/Sociedade.

O que acontece é a ausência de um marco legal para a priorização da juventude no Brasil, o que pode ser responsável pela ausência de uma forma sistemática, estratégica e geral sobre o assunto. Nas legislações pátrias existe menção quanto ao segmento juventude na Constituição Federal de 1988 uma única vez no artigo 24, XV, onde da competência a União, aos Estados e aos Municípios poderem para legislar sobre a proteção da infância e da juventude. Sendo que nas demais legislações apenas existem poucas referências reservadas aos fatores cronológicos.

Hoje, sabe-se que essa concepção de política pública de juventude é embasada por duas noções fundamentais: oportunidades e direitos. As ações e programas do Governo Federal buscam oferecer oportunidades e garantir direitos aos jovens, para que eles possam resgatar a esperança e participar da construção da vida cidadã no Brasil.

Pode-se citar: oportunidades para adquirir capacidades; acesso à educação; à qualificação profissional; e à cidadania. Oportunidades para utilizar capacidades, acesso ao mercado de trabalho, ao crédito, à renda, aos esportes, ao lazer, à cultura e a terra, garantia de direitos, oferta de serviços que garantam a satisfação das necessidades básicas do jovem e as condições necessárias para aproveitar as oportunidades disponíveis.

3.3 - A juventude na agenda pública brasileira - Concepções apresentadas nas políticas, programas e ações

A presente pesquisa foi realizada nos “sites” dos 24 (vinte e quatro) Ministérios do Governo Brasileiro, das 09 (nove) Secretarias da Presidência da República com status de Ministério e dos 06 (seis) Órgãos com status de Ministério dentro do Governo Dilma. Ou seja, houve uma busca em 39 sites assim dispostos:

- a) *ministérios: Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Cidades, Ciência, Tecnologia e Inovação, Comunicações, Cultura, Defesa, Desenvolvimento Agrário Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Educação, Esporte, Fazenda, Integração Nacional, Justiça, Meio Ambiente, Minas e Energia, Pesca e Aquicultura, Planejamento, Orçamento e Gestão, Previdência Social, Relações Exteriores, Saúde, Trabalho e Emprego, Transportes, Turismo;*
- b) *Secretarias: Secretaria de Assuntos Estratégicos, Secretaria de Comunicação Social, Secretaria dos Direitos Humanos, Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Secretaria de Políticas para as Mulheres, Secretaria de Portos, Secretaria-Geral da Presidência, Secretaria de Relações Institucionais, Secretaria de Aviação Civil;*
- c) *Órgãos: Advocacia-Geral da União, Banco Central, Casa Civil, Controladoria-Geral da União, Defensoria Pública da União, Gabinete de Segurança Institucional.*

Foram pesquisados nos sites todas as políticas, programas e ações que tivessem qualquer relação com a temática “juventude”. A palavra juventude ou jovem deveria aparecer na proposta.

A opção por realizar a pesquisa dentro dos sites dos Ministérios, Secretarias e Órgãos, se fez devido a dois motivos principais: a facilidade de acesso às informações em tempo real e a transparência das informações onde qualquer cidadão deve ter acesso a projetos, programas e ações, podendo conferir ou atualizar os dados de acessos das políticas.

Toda essa busca remeteu à identificação primeiramente da presença da palavra juventude no programa/política, para depois sistematizar se havia referência das concepções de juventude encontradas dentro da Agenda Pública no Brasil.

Identificando os locais e a expressão juventude, apresentam-se no quadro abaixo as Instituições, as Políticas, Programas e Ações pertinentes à juventude em cada um deles. O quadro mostra os Ministérios, as Secretarias e os Órgãos estudados, assinalando a presença ou não de ações para a juventude.

Quadro 1: Presença ou Ausência de Ações Voltadas para a Juventude

	Ministério, Secretaria, Órgão	Possui Programa/ Projeto/ Ação Juventude	Descrição da Ação
1	Ministério Agricultura	Não	
2	Ministério Cidades	Não	
3	Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação	Não	
4	Ministério da Comunicação	Sim	Jovem Rural
5	Ministério da Cultura	Sim	Usinas Culturais e Juventude Negra
6	Ministério da Defesa	Sim	Projeto Rondon, Programana Prevenção DST/ AIDS e Programa Força no Esporte
7	Ministério do Desenvolvimento Agrário	Não	
8	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	Não	
9	Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome	Não	
10	Ministério da Educação	Sim	Programa de Estudantes em Convênio de Graduação (PEC-G), Projeto Escola Jovem, Olimpíadas Colegiais, Projeto NAVEGAR, Programa Universidade para todos (PROUNI), FIES, ENEM, ENADE, ENCCEJA, REUNI, SISU, Programa Juventude e Meio Ambiente
11	Ministério da Fazenda	Não	
12	Ministério da Integração Nacional	Não	
13	Ministério da Justiça	Sim	Serviço Civil Voluntário, Programa de reinserção Social do Adolescente em conflito com a lei, Promoção de Direitos de Mulheres Jovens Vulneráveis ao Abuso Sexual e a Exploração, PRONASCI
14	Ministério do Meio Ambiente	Não	
15	Ministério das Minas e Energia	Não	
16	Ministério da Pesca e Aquicultura Planejamento,	Não	
17	Ministério Orçamento e Gestão	Não	
18	Ministério da Saúde	Sim	Programa de Saúde do Adolescente e do Jovem, Programa de Direitos Sexuais e Reprodutivos, Programa de Planejamento Familiar incluindo adolescentes e jovens, Programa Saúde nas Escolas.
19	Ministério do Trabalho e Emprego	Sim	Pro Jovem Trabalhador
20	Ministérios dos Transportes	Não	

21	Ministério das Relações Exteriores	Não	
22	Ministério da Previdência Social	Não	
23	Ministério do Turismo	Não	
24	Ministério do Esporte	Sim	Praça da Juventude, Descoberta do Talento Esportivo, Bolsa Atleta, Programa Segundo Tempo
1	Secretaria dos Direitos Humanos	Não	
2	Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial	Sim	Programa de Iniciação Científica para Ações Afirmativas
3	Secretaria de Políticas para as Mulheres	Não	
4	Secretaria de Comunicação Social	Não	
5	Secretaria de Portos	Não	
6	Secretaria-Geral da Presidência	Sim	Projovem
7	Secretaria de Relações Institucionais	Não	
8	Secretaria de Aviação Civil	Não	
9	Secretaria de Assuntos Estratégicos	Não	
1	Advocacia Geral da União	Não	
2	Banco Central	Não	
3	Casa Civil	Não	
4	Controladoria Geral da União	Não	
5	Defensoria Pública da União	Não	
6	Gabinete da Segurança Institucional	Não	

*Fonte: Sites dos Ministérios e Secretarias envolvidos na pesquisa (pesquisa anexa).
Organizado pela autora para mostrar os dados da pesquisa.*

Dentro da perspectiva da pesquisa, conforme já colocado anteriormente, os dados foram coletados e revisados nos respectivos sites no período de julho a novembro do ano de 2014. De todos os Ministérios, Secretarias e Órgãos estudados, chegou-se à identificação de 08 (oito) Ministérios, 02 (duas) Secretarias e nenhum Órgão que apresentava alguma ação referente à juventude.

Dos projetos, programas e ações existentes no período estudado, pode-se observar nos resultados que não existe uma concepção de juventude única, muito menos uma que condiz com sujeitos de direito, como mostra o quadro abaixo:

Quadro 2: Concepções de Juventude

Ministério/ Secretaria/ Órgão	Programa/Projeto	Aproximação Conceitual
Ministério das Comunicações	Jovem Rural	Jovens do campo para alcance da cidadania e formação de capital social
Ministério da Cultura	1. Usinas Culturais 2. Juventude Negra	1. Juventude negra relacionada a vulnerabilidade e violência 2. Juventude Negra relacionada a vulnerabilidade social
Ministério da Defesa	1. Projeto Rondon, 2. Programana Prevenção DST/ AIDS e 3. Programa Força no Esporte	1. Estudantes, jovens como transformadores sociais; estudantes universitários na busca de soluções que contribuam para o desenvolvimento sustentável de comunidades carentes e ampliem o bem-estar da população 2. Jovens oficiais das forças armadas e jovens atendidos 3. Jovens carentes no Brasil
Ministério do Trabalho	Projovem	Jovens desempregados entre 18 e 29 anos com renda per capita familiar de meio salário mínimo

Ministério da Saúde	<ol style="list-style-type: none"> 1. Programa de Saúde do Adolescente e do Jovem, 2. Programa de Direitos Sexuais e Reprodutivos, 3. Programa de Planejamento Familiar incluindo adolescentes e jovens, 4. Programa Saúde nas Escolas. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Indivíduos/ Jovens de 10 a 24 anos de idade 2. Atendimento aos Jovens 3. Jovens 4. Indivíduos/Jovens em idade escolar
Ministério do Esporte	<ol style="list-style-type: none"> 1. Programa Segundo Tempo 2. Bolsa Atleta 3. Descoberta do Talento 4. Praça da Juventude 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Adolescentes e Jovens Crianças, Adolescente e Jovens expostos aos riscos sociais 2. Jovens Atletas 3. Adolescentes e Jovens matriculados na rede escolar 4. Não existe definição
Ministério da Educação	<ol style="list-style-type: none"> 1. Programa de Estudantes em Convênio de Graduação (PEC-G) 2. Projeto Escola Jovem, Olimpíadas Colegiais 3. Projeto NAVEGAR 4. Programa Universidade para todos (PROUNI), 5. FIES 6. ENEM 7. ENADE 8. ENCCEJA 9. REUNI 10. SISU 11. Programa Juventude e Meio Ambiente 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Jovem estrangeiro de 18 a 25 anos de idade 2. Jovem em idade escolar em condição de prática de esporte 3. Jovens relacionados a risco social 4. Estudantes brasileiros que não possuam curso superior 5. Estudantes brasileiros que não possuem condições de arcar com despesas de estudos 6. Estudantes que estejam terminando o ensino médio 7. Estudantes regularmente matriculados em instituições de ensino superior no Brasil 8. Jovens e Adultos que não concluíram os estudos em idades apropriadas mínimo 15 anos completos na idade do exame 9. Aumento do número de universidades para aumentar as vagas para jovens 10. Avalia os cursos para melhorar a qualidade de ensino aos jovens 11. Conceitua Juventude como de 15 a 29 anos ligado a condições de vulnerabilidade social como desemprego, evasão escolar, falta de formação profissional, entre outros
Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial	Programa Institucional de Iniciação Científica nas Ações Afirmativas (PIBIC-AF)	Jovens provenientes de ações afirmativas
Secretaria Geral da Presidência da República	Programa Nacional de Inclusão de Jovens	Jovens de 18 a 29 anos que apesar de alfabetizados não concluíram seus estudos no ensino fundamental
Ministério da Justiça	<ol style="list-style-type: none"> 1. Serviço Civil Voluntário, 2. Programa de reinserção Social do Adolescente em conflito com a lei, 3. Promoção de Direitos de Mulheres Jovens Vulneráveis ao Abuso Sexual e a Exploração, 4. PRONASCI 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Juventude 18 anos e ritual de passagem para a fase adulta, para a maioridade e embasa em na preparação do/a jovem para o trabalho e para a cidadania, entendida como uma participação social solidária em uma sociedade democrática 2. Jovens adolescentes em conflito com a lei 3. Jovens adolescente do sexo feminino em situação de vulnerabilidade. 4. Jovens de 15 a 24 anos á beira da criminalidade que se encontram vou estiveram em conflito com a lei

*Fonte: Sites dos Ministérios e Secretarias envolvidos na pesquisa (pesquisa anexa).
autora para mostrar os dados da pesquisa.*

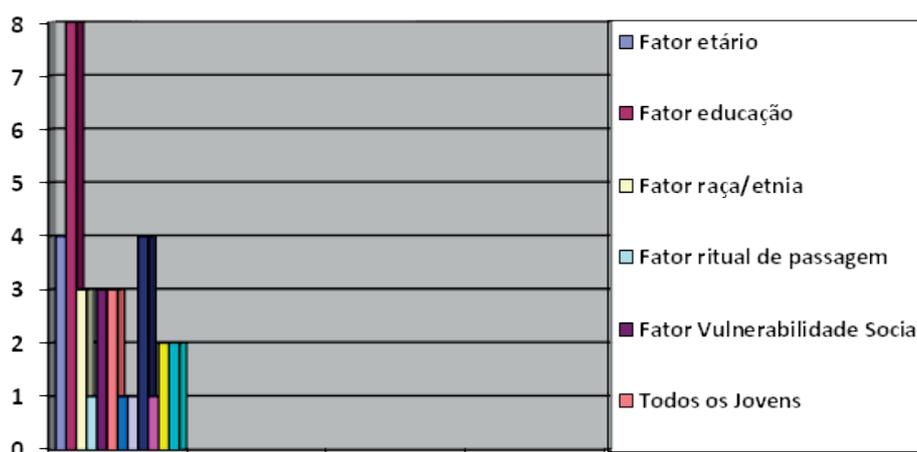
Quanto à aproximação conceitual do que está se concebendo sobre juventude junto aos documentos estudados, obteve-se uma realidade extremamente confusa, pois se aplica ações para juventude

des distintas, ou melhor, para o que cada autor de proposta entende ou compreende dentro de um limite de peculiaridades.

Para alguns, a juventude se limita apenas a fatores etários, o que de certa forma pode facilitar o enquadramento dos indivíduos em ações a serem executadas. Também aparecem questões voltadas à vulnerabilidade socioeconômica, educação, raça, rituais de passagem, entre outros, que apresentam próprias condições peculiares no sentido do princípio da igualdade, onde se trata os iguais na medida de suas desigualdades.

No gráfico se pode notar que dos 32 documentos estudados e escolhidos quanto à aproximação conceitual, obteve-se o seguinte resultado:

Gráfico 6: Aproximação Conceitual de Juventude nas Políticas/Programas e Ações



Fonte: Sites dos Ministérios e Secretarias envolvidos na pesquisa (pesquisa anexa).
Organizado pela autora para mostrar os dados da pesquisa

Os documentos mostram que encontram-se excluídos os jovens que não possuem as peculiaridades a que se destinam tais ações como, por exemplo, algumas políticas voltadas para jovens oriundos de famílias vulnerabilizadas ou para um segmento como o de jovens em situação militar, que por mais que sejam ações afirmativas acabam, muitas vezes, por excluir os demais.

A essas peculiaridades é preciso lembrar-se do princípio da igualdade, onde o que deve chamar a atenção é que não existe entre as políticas observadas uma unidade do que se chama de juventude. Como bem evidencia Regina Novaes (2006), não existe apenas uma juventude e sim juventudes.

Num panorama geral, apenas 3 (três) documentos não apresentaram qualquer tipo de restrição à sua participação, sendo os relacionados ao acesso à educação e a programas voltados para a universidade, o que mostra a ideia de dominação ou controle do Estado por esses mecanismos.

4 - CONCLUSÃO

Não se pode olvidar que tecer as considerações finais de um trabalho que envolve a agenda pública e juventude é uma tarefa árdua, pois são dois temas extremamente dinâmicos na sociedade brasileira e que faz refletir até que ponto a demanda será atendida.

A identificação da concepção de juventude na Agenda Pública Nacional conclui que não existe uma concepção de juventude nesta agenda. Questionou-se ainda se isso é possível dentro das inúmeras juventudes apresentadas no decorrer da pesquisa.

Nos últimos dez anos, é possível observar um crescente interesse pelos assuntos de juventude, não apenas pelos problemas que afligem ou são gerados por este grupo populacional, mas também pela compreensão de que esta população não constitui um problema. Na verdade, é um grupo de indivíduos

a serem desenvolvidos e preparados para a vida em sociedade, ou seja, preparar o jovem para que quando ingressar no mundo adulto esteja pronto para tomar decisões, relacionar-se com seus pares, etc.

A história do Brasil mostra avanços e retrocessos no campo dos direitos civis, políticos e sociais, com uma maior ou menor intervenção estatal e participação dos segmentos da sociedade. Estes desencontros geraram na população uma cultura de aceitação e não contestação que perdurou por muito tempo, culminando no período que abrange as décadas de 80 e 90 com uma sociedade fragilizada por crises e imposições da ditadura militar, convivendo em um sistema socioeconômico em transição.

A pesquisa mostra que os jovens foram esquecidos por muito tempo no Brasil e aceitaram isso. O número de jovens hoje é extremamente significativo e crescente, chegando a 1/3 da população. A realidade deles é cruel, acirrada por políticas neoliberais travestidas de democráticas-sociais que acabam por gerar injustiças e falta de possibilidade de oportunidades iguais e para todos. Esse panorama foi o impulso para o ressurgimento da sociedade civil no cenário político na forma de movimentos sociais organizados ou não, pressionando o Estado para a construção de novos e legítimos direitos para a juventude.

Marilda Iamamoto reafirma que as leis sociais “surgem a partir do aprofundamento do capitalismo na formação econômico-social”, e a questão social, antes em segundo plano, passam a ser o centro das contradições da sociedade (IAMAMOTO, 2006, p. 126).

Aos resultados junto da concepção da política e de sua proveniência de cada local, identificou-se que atende a critérios próprios como, por exemplo, as ações na educação que concebem o jovem como dentro da faixa etária escolar e em atividade escolar, e as ações de trabalho, de esporte, cultura e lazer na mesma lógica.

Nessa linha é possível dizer que o país ainda caminha em direção à garantia de direitos dos jovens. Isso provavelmente tem relação com um não saber o que é jovem e juventude.

Em última análise, encerra-se a presente pesquisa confirmando que não existe uma concepção única que atenda a demanda nacional dentro da agenda pública e, mais ainda, questionando a colocação dos jovens como um segmento no rol das prioridades junto à criança, ao adolescente, ao idoso, aos deficientes, sem possuir clara ideia do que está se falando.

REFERÊNCIAS

- ABRAMO, H.W. Considerações sobre a tematização social da juventude no Brasil. In: PERALVA, A. T.; SPOSITO, M. P. (Orgs.). **Revista Brasileira de Educação**. n.º 5 e 6. São Paulo: Anped, 1997.
- ABRAMO, H. W.; FREITAS, M. V.; SPOSITO, M. P. (Orgs.). **Juventude em debate**. São Paulo: Cortez, Ação Educativa, 2001. p. 17-41
- ABRAMO, H. W. **Cenas juvenis, punks e darks no espetáculo urbano**. São Paulo: Scritta, 1994.
- ABRAMOVAY, M. **Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina**: desafios para políticas públicas. Brasília: UNESCO, BID, 2002.
- BOBBIO, N. **Direitos e Deveres na República**: os grandes temas da política e da cidadania. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1984. **Diário Oficial da União**. Brasília de 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2012.
- _____. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília de 16 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2012.
- _____. CONJUVE. Conselho Nacional da Juventude, 2006.
- BRENNER, A. K.; CARRANO, P. A arena das políticas públicas de juventude. México: **Revista Estudios Sobre Juventud**, ano 9 – n. 22, 2005.

- CARRANO, P. Identidades Juvenis e Escola. In: **Alfabetização e Cidadania**, n. 10, novembro de 2000.
- _____. Peregrino, M. Jovens e a Escolas: compartilhando territórios e sentidos de presença. In: **A Escola e o Mundo Juvenil: experiências e reflexões**. Série Em Questão, n. 1. São Paulo: Ação Educativa, 2003.
- CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. Juventudes no Brasil Vulnerabilidades negativas e positivas, desafiando enfoques de políticas públicas. In: **Família, sociedade e subjetividades**. Uma perspectiva multidisciplinar. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.
- CARVALHO, G. Juventude e Políticas Públicas: Mero destaque na agenda pública ou garantia de Direitos? Revista eletrônica dos pós graduandos em Sociologia Política da UFSC. Vol.2 n°2 (4), agosto- dezembro/2006
- DAYRELL, J.T.; GOMES, N.L. **A juventude no Brasil**. Disponível em: <www.fae.ufmg.br/objuventude/textos/SESI>. Acesso em: 23 jun 2011.
- FIORE, J.L. **Estado de bem-estar social: padrões e crises**. Disponível em: <http://iea.usp.br/artigos>. Acesso em 20 jun. 2012
- FORASTERI, A. **Armas Adultas**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj2707200825.htm> Acesso em 24 out. 2012
- GROPPPO, L.A. **Juventude: ensaios de sociologia e história das juventudes modernas**. Rio de Janeiro: Difel, 2000
- IBASE; PÓLIS. **Juventude brasileira e democracia: participação, esferas e políticas públicas**. Relatório Final – nov. 2005. Grafitto.
- IBGE. PNAD. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. 2007. **Educação raça/cor: primeiras análises**. Brasília: Comunicado da Presidência n° 12, 2007.
- IPEA et al. (Org.) **Juventude e políticas sociais no Brasil**. Brasília: IPEA, 2009. 303p.
- _____. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD). 2008. **Juventude: primeiras análise**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/091203_ComPres36Juvent.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2012.
- _____. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/Comunicado_%20da_%20presidencia12.pdf>. Acesso em: 25/07/2012
- INSTITUTO DE CIDADANIA. Disponível: <http://www.institutocidadania.org.br> Acesso em 10 out. 2012
- KANT, I. **Crítica da Razão Pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KERBAUAY, M. T. M. **Políticas de juventude: políticas públicas ou políticas governamentais?** Disponível em: <http://200.145.78.103/index.php/estudos/article/viewFile/123/121>. Acesso em: 23 mar. 2012.
- KEHL, M. R. A juventude como sintoma da cultura. In: **Juventude e sociedade trabalho, educação, cultura e participação**. Instituto Cidadania, Ed. Fundação Perseu Abramo.
- KRAMER, S. **Infância, Cultura contemporânea e Educação contra a barbárie**. Disponível em: <http://www.periodicos.proped.pro.br/index.php?journal=revistateias&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=41&path%5B%5D=43>. Acesso em: 15 abr. 2012.
- KINGDOM, J. **Agendas, Alternatives, and public policies**. Boston: Little, Brown, 1984.
- LEÓN, O. D. Da agregação programática à visão construtiva de política de juventude. In **Políticas Públicas: Juventude em Pauta**. Maria V. Freitas e Fernanda C. Papa (Orgs.), São Paulo: Cortez: Ação Educativa: Fundação Friedrich Ebert, p. 75-96, 2003.
- LEVI, G.; SCHMITT, J.C. (Orgs.). **História dos jovens I: da antiguidade a era moderna**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.a
- _____. (Orgs.). **História dos jovens II: a época contemporânea**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.b
- LEVY, P. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Rio de Janeiro Ed. 34, 2010
- LOBATO, M. C. C. **Editorial: Múltiplos olhares sobre a juventude**. **Revista da UFG**, v.6, n. 1, jun 2004. Disponível em: <www.proec.ufg.br>. Acesso em: 24 jul. 2012.
- LOMÔNACO, J. F. B. et al. (1996). Do característico ao definidor: Um estudo exploratório sobre o desenvolvimento de conceitos. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, 12(1), 51-60.

- LOBO, A. **Um conceito construído de Juventude e outras descobertas**. Disponível em: <<http://escoladeredes.net/profiles/blogs/um-conceito-construido-de>> Acesso em: 14 mai. 2009.
- LUZZATTO, S. Jovens rebeldes e revolucionários: 1789-1917. In: LEVI, Giovanni;
- MACHADO, F.Q. Por uma história da juventude brasileira. **Revista da UFG**, v. 6, n. 1, jun 2004 . Disponível em: <www.proec.ufg.br>. Acesso em: 24 mai. 2012b.
- MARGULIUS, M. **La Juventud es mas que una palabra**. Buenos Aires: Biblos, 2001
- MARTINS, D.C. **Estatuto da criança e do Adolescente & Política de Atendimento**. Curitiba: Juruá, 2006
- MARTINS, H. H. T.S. **A juventude no contexto da reestruturação produtiva**. In: PROJETO JUVENTUDE. Documento de conclusão - versão final. São Paulo: Instituto Cidadania, 2004
- MELUCCI, A. Juventude, tempo e movimentos sociais. In: **Revista Brasileira de Educação** – ANPED – Juventude e Contemporaneidade n.5 e n. 6, p.05-14, maio/dez, 1997, n°. Especial
- MENDONÇA, N.D. **O uso dos conceitos**: uma questão de interdisciplinaridade. Petrópolis: Vozes, 1985b.
- MICHAUD, E. Soldados de uma ideia: os jovens sob o Terceiro Reich. In: LEVI, G.;
- MORAES, A. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009
- MORAES, A. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009
- MOSCOVICI, F. **Equipes que dão certo**: a multiplicidade do talento humano. Rio de Janeiro: Editora: José de Olympio, 1998
- NOVAES, R. et al. (orgs). **Política nacional de juventude**: diretrizes e perspectivas. São Paulo: Conselho Nacional da Juventude. Fundação Friedrich Ebert, 2006
- NOVAES, R. **Juventude, exclusão e inclusão social**: aspectos e controvérsias de um debate em curso. In Políticas Públicas: Juventude em Pauta. Maria V. Freitas e Fernanda C. Papa (orgs), São Paulo: Cortez: Ação Educativa: Fundação Friedrich Ebert, 2003, p. 115-151
- NUNES, R. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA NETO, A. E. O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1176, 20 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8950>>. Acesso em: 3 abr. 2012.
- PAIS, J.M. **Culturas Juvenis**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1993
- _____. Da escola ao trabalho: o que mudou nos últimos dez anos? In: CABRAL, M.V; PAIS, J.M. (coord.) **Jovens portugueses de hoje**. Oeiras: Celta Editora, 1998 p. 189-214.
- PASSERINI, L. A juventude, metáfora da mudança social. Dois debates sobre os jovens: a Itália fascista e os Estados Unidos da década de 1950. In: LEVI, Giovanni; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **História dos Jovens**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. v. 2: a época contemporânea. p. 319-382
- PASTOREAUM, M. Os emblemas da Juventude: atributos e representações dos jovens na imagem medieval. In: **História dos Jovens**: da antiguidade a era moderna. LEVI, G.; SCHIMITT, J.C. (orgs.) História dos Jovens I: da antiguidade a era moderna. São Paulo: Companhia das Letras, 1996
- PIAGET, J. **Seis estudos de Psicologia**. M.A.M. D'Amorim (Trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- Política Nacional de Juventude. **Diretrizes e perspectivas**. Conselho Nacional de Juventude, 2006 Fundação Friederic Ebert, Secretaria Nacional de Juventude, Secretaria Geral da Presidência da República.
- PONTUAL, P. Juventude e poder público: diálogo e participação. Políticas Públicas: Juventude em Pauta. Maria V. Freitas e Fernanda C. Papa (Orgs.), São Paulo: Cortez: Ação Educativa: Fundação Friedrich Ebert, p. 95-119, 2003.
- PRADO, J. **Pluralismo jurídico** Disponível em: <[http:// WWW.atenas.edu.br/faculdade/arquivos/nucleoiniaciociencia/revista-cientifica/revista%20cientifica%202007/8%pluraisimo%20juridco%20-%20anderson%20de%20souza%20prado.pdf](http://WWW.atenas.edu.br/faculdade/arquivos/nucleoiniaciociencia/revista-cientifica/revista%20cientifica%202007/8%pluraisimo%20juridco%20-%20anderson%20de%20souza%20prado.pdf)> Acesso em 10 jan. 2014
- PRATES, F.C. **Adolescente infrator**: a prestação de serviços a comunidade. Curitiba: Juruá, 2006.

QUAPPER, D. K. Juventude ou Juventudes? Acerca de como mirar e remyrar as lãs juventudes de nuestro continente. In BURAK, S. D. (Org.) **Adolescencia e Juventude in America Latina**. Cartago: Libro Universitario Regional, 2001.

RABELLO, L. **Participação política e juventude**: do mal-estar à responsabilização frente ao destino comum. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782008000100015&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 mai. 2014.

RAMIDOFF, M. L. **Lições de Direito da criança e do adolescente**: ato infracional e medidas socioeducativas. Curitiba: Juruá, 2006.

REALE, M. **Teoria tridimensional do direito**. 5.ed. São Paulo: Sariva, 2001

REIS, J.B.A.R. **O Conceito de tecnologia e tecnologia educacional para alunos do Ensino Superior**. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:BZJP_pJg2yYJ:alb.com.br/arquivo-morto/edicoes_antteriores/anais17/txtcompletos/sem16/COLE_932.pdf+concep%C3%A7%C3%A3o+prtotypa+conceito+reis+vaca&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsGds9U-q0LNxkbzm1q7bNox6p4gG6ylytwYT3IRflot5Tn6YPpqrRAuSljRmk2rnREUfqluIRY9ntY8Jvwfm5pVRQr43X53a9juOc-ITSXzbS8nn-2F4IIAVMRzgMYOkza0ii9J8U&sig=AHIEtbQP2ujklP8r7FLPYokufMNBMSZTUA>. Acesso em: 24 mai. 2015.

RIZZINI, I. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. Crianças e Menores: do pátrio poder ao pátrio dever. Um histórico da legislação para a infância no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. **A Arte de Governar Crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009. cap. II. p. 96-149.

ROUSSEAU, J. J. **Do Contrato Social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SABADELL, A. L. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

SAITO, M. I. **Adolescência, cultura, vulnerabilidade e risco**. Editorial disponível em: <<http://www.pediatriasaopaulo.usp/upload/html>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

SALES, M. A.; MATOS, M. C.; LEAL, M. C. (orgs.) **Políticas social, família e juventude**: uma questão de direitos, 4 ed. São Paulo: Corteeza, 2009

SAMPAIO, V. **Homossexualidade**: os conceitos formados pelos pré conceitos. Disponível e; < <http://vitorfsampaio.blogspot.com.br/2012/04/homossexualidaade-os-conceitos-formados.html>>. Acesso em 20 abr. 2014

SANTARELI, C. A moda tribal e seus aspectos comunicativos. Disponível em: < <http://www4.uninove.br/ojs/index.php/cenarios/article/wiwe/78/84>> Acesso em 14 out. 2014

SANTOS, G. [et al] A Juventude Negra. In: ABRAMO, H. W; BRANCO, PPM. (orgs.) **Retratos da juventude brasileira**: análise de uma pesquisa nacional. São Paulo: Instituto de Cidadania/ Fundação Perseu Abramo, 2008

SANTOS, B. Notas sobre a história jurídico-social de Passárgada. In: SOUTO, C; FALCAO, J. (orgs.) **Sociologia e Direito**. São Paulo: Pioneira Editora, 2000

SCHMITT, J. C. (Orgs.) **História dos Jovens**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, v. 2: a época contemporânea, p. 195-258

_____. **A juventude no Brasil** : história da organização. Disponível em: < <http://www.apebfr.org/.../pdf>> Acesso em 24 maio 2014

_____. **Os jovens no Brasil**: desigualdades multiplicadas e novas demandas políticas. São Paulo: Ação Educativa, 2003

SPOSITO, M. P; CARRANO, P. Juventude e Políticas Públicas no Brasil. In: ANPED. **Revista Brasileira de Educação**. N. 24, São Paulo: ANPED, 2003

_____. **Políticas para a juventude**, 2004.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE

Alessandro Coimbra dos Santos¹

Renê Francisco Hellman²

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Administração Pública e os Dilemas do Estado Contemporâneo

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado pode ser utilizada com uma dupla finalidade, a de reparar o dano causado por sua atividade e a de coibir sua omissão impulsionando-o ao cumprimento de suas obrigações, tornando-se nesse diapasão um importante mecanismo para colaborar na efetivação dos direitos consagrados na Lei Maior. Assim o presente artigo toma como fulcro o ordenamento jurídico pátrio, que apresenta a saúde como direito de todos e dever do Estado e passa a analisar os fundamentos e o desenvolvimento de sua responsabilidade, bem como seus meios de defesa e a questão da falta de recursos públicos e a dificuldade da efetivação dos direitos fundamentais intimamente ligados à saúde, como o direito à vida e à dignidade humana, através da denominada cláusula de reserva do possível.

Palavras-chave: *Responsabilidade do Estado; Direitos Fundamentais; Direito à Saúde*

ABSTRACT

The State civil responsibility may be applied with double purposes, ie that of repairing the caused damage and the repressing its omissions which impels the fulfillment of its obligations, thus it becomes an important mechanism which collaborates in order to the effectuation of the rights consecrated in the Great Charter. Therefore the present article is based on the national juridical order which presents the health as right to everyone and a State obligation, and it is analyzed the foundations and development of its responsibility, as well as the defense means and the question about the scarcity of public funds and the difficulty of effectuation of the fundamental rights which are intimately connected with the health, for example the life and the human dignity, through the clause known as reserve for contingencies.

Keywords: *State responsibility, fundamental rights, right to health.*

1 - INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade no Brasil tem despertado recentemente o interesse de escritores que buscam analisar o tema em seus pormenores e minúcias. Tal importância dispensada ao tema decorre do fato que o jurista, ao deparar-se com ele, enfrenta um grande desafio na tentativa de descobrir de quem é a responsabilidade, pois o termo abrange uma imensa gama de relações (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

A instigante busca da atribuição da responsabilidade pelas consequências das práticas de alguém tem como fulcro o anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo, e inspira-se nos

1 - Acadêmico do 8º Período do Curso de Direito da FATEB - Faculdade de Telêmaco Borba, estagiário de graduação do Ministério Público do Estado do Paraná. alecoimbrasantos@yahoo.com.br

2 - Coordenador Geral da FATEB – Faculdade de Telêmaco Borba. Professor de Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busato de Ensino. Mestre em Direito pela Universidade do Norte do Paraná (UENP). Advogado. coordenacaoogeral@fateb.edu.br

mais estritos princípios de justiça visando o amparo da vítima e a punição do causador do dano (RODRIGUES, 2002).

Nesse sentido, a responsabilidade civil pode ser vista como a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. A partir dessa breve compreensão do instituto, indaga-se: sendo a saúde, conforme disciplinado pela Constituição Federal, direito de todos e dever do Estado, diante de dano causado em virtude de falha na prestação do serviço, de quem é a responsabilidade?

2 - METOLOGIA

O trabalho utiliza-se da técnica de pesquisa bibliográfica, para por meio de método dedutivo compreender a incidência da responsabilidade civil do Estado em falhas na prestação de serviços de saúde.

3 - DESENVOLVIMENTO

3.1 - Responsabilidade Civil

A palavra *responsabilidade* tem origem no verbo latino *respondere*, designando a obrigação assumida pelo agente com as consequências jurídicas de sua atividade. Contém ainda a raiz latina *spondeo*, que designava no Direito Romano o vínculo assumido pelo devedor nos contratos verbais (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

Assim, a responsabilidade é a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. Há, pois, dois momentos distintos: o do débito (denominado pelos alemães de *Schuld*), que constitui na obrigação de realizar a prestação e depende de ação ou omissão do devedor; e a responsabilidade (*Haftung*), onde faculta-se ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor com a finalidade de obter o pagamento ou indenização pelos prejuízos causados pelo não cumprimento da obrigação originária. Nesse sentido, diante da violação de um dever jurídico originário gera-se um dever jurídico sucessivo (secundário) de indenizar o prejuízo (GONÇALVES, 2012).

Dessa forma, a responsabilidade, está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, em função da ocorrência de um fato jurídico lato sensu (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

Relevantes são as lições trazidas por Carlos Roberto Gonçalves ao afirmar que:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade (...) Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social (GONÇALVES, 2012, P.17).

3.1.1 - Histórico e Elementos

Segundo a teoria clássica, três elementos caracterizam a responsabilidade civil: um dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre o dano e o fato culposos (GONÇALVES, 2012).

A culpa, no entanto, de acordo com Gonçalves (2012), não era cogitada nos primórdios da humanidade, assim após um dano provocado surgia uma reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havendo regras nem limitações, dominava a vingança privada. Forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal ao mal sofrido (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

Ressalta Gonçalves (2012) que, não podendo acontecer a reação desde logo, sobrevinha a vindita imediata, posteriormente regulamentada, e que resultou na pena de Talião, do “olho por olho, dente por

dente”, expressando certa equivalência entre as condutas. Os reflexos dessa pena mostraram-se presentes na Lei das XII Tábuas, onde o Direito Romano buscava regulamentar a manifestação natural e espontânea de modo a permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

A Lei das XII Tábuas trouxe uma evolução ao instituto ao conceber a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, assim aquele que sofreu o dano poderia receber a seu critério a título de poena, uma importância em dinheiro ou em outros bens, evitando-se dessa forma a aplicação da pena de Talião (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

A *Lex Aquilia*, embora não revogasse totalmente a legislação anterior, foi um grande marco na evolução da responsabilidade civil (sua importância foi tão grande que deu nome à nova designação de responsabilidade civil delitual ou extracontratual), onde sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional aos danos causados (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

Já na Idade Moderna, o Código Civil de Napoleão incorporou a responsabilidade civil Aquiliana, que apresentava a culpa como elemento básico da responsabilidade (que foi o responsável pela substituição paulatinamente da concepção de pena pela ideia de reparação do dano). Assim, no Direito francês, a culpa, mesmo que levíssima, obrigava a indenizar. Esta definição da responsabilidade civil baseada na culpa passou a ser inserida na legislação de todo o mundo. Quanto aos tribunais franceses, coube a tarefa de atualizar os textos estabelecendo uma jurisprudência digna dos maiores encômios (GONÇALVES, 2012).

Assim, como a teoria clássica da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades, pois diante da dificuldade de se provar o elemento anímico em determinados casos concretos, muitos destes ficavam sem reparação. Por conseguinte, começou a ser vislumbradas na jurisprudência novas soluções, como a ampliação do conceito de culpa ou pela reparação do dano, decorrente exclusivamente pelo fato ou em virtude do risco criado. A influência dessas novas soluções pode ser vista em diversas legislações, inclusive na brasileira, sem, todavia, desprezar totalmente a teoria tradicional de culpa.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 no seu artigo 186 dispõe in verbis: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Complementando a previsão legal supracitada, o artigo 927 do mesmo diploma legal assevera que aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Da análise do art. 186 do Código Civil é possível encontrar quatro elementos que caracterizam a responsabilidade civil.

a) Ação ou omissão: Refere-se à conduta positiva ou negativa praticada por qualquer pessoa, podendo a responsabilidade derivar de ato próprio ou de terceiro que esteja sob sua guarda, onde esta abrange a das pessoas jurídicas de direito público, por comportamentos omissivos ou comissivos de seus agentes (GONÇALVES, 2012).

b) Culpa ou dolo do agente: Os termos “ação ou omissão voluntária” e o “negligência ou imprudência”, referem-se respectivamente ao dolo e a culpa. Nesse sentido, a vítima geralmente (teoria subjetiva) tem de provar o dolo ou a culpa *stricto sensu* do agente a fim de obter a reparação do dano (GONÇALVES, 2012).

c) Relação de causalidade: Trata-se de uma relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela vítima (GONÇALVES, 2012).

d) Dano: Pode ser material ou moral, mas é necessária a prova de sua ocorrência, para que o agente causador seja responsabilizado civilmente. Ressalte-se que nem toda a violação de dever jurídico, mesmo que por culpa ou até mesmo dolo, por parte do infrator, gera a este o dever de indenizar, pois é elemento essencial para a indenização o prejuízo sofrido pela vítima. Decorre nesse sentido, a obrigação de indenizar, da violação de um direito e do dano, concomitantemente (GONÇALVES, 2012).

3.2 - Responsabilidade Civil do Estado

Em que pese parte da doutrina usar o termo Administração Pública em lugar de Estado, deve ser salientado que a responsabilidade estatal não se restringe a práticas administrativas. Ela abrange ainda as suas atividades legiferantes e judicantes, que será disciplinada não somente pelo direito civil, mas

principalmente pelo direito público, abrangendo o direito constitucional, direito administrativo e direito internacional público (GASPARINI, 2003).

Tal responsabilidade pode decorrer de atos lícitos ou ilícitos, assim possui um fundamento bipartido capaz de originar ao Estado à obrigação de recompor danos causados a terceiros advindos através de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico que lhe seja imputável. Da prática de atos ilícitos a obrigação de reparar os danos causados decorre do princípio da legalidade e da prática de atos lícitos tal obrigação decorre do princípio da igualdade (GASPARINI, 2003 e DINIZ, 2009)

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 disciplina a questão em seu artigo 37, sendo que no mesmo sentido ocorre a previsão no art. 43 do Código Civil de 2002.

3.2.1 - Teorias da Responsabilidade Civil do Estado: Teoria da Irresponsabilidade e Teorias Subjetivas

A teoria da irresponsabilidade vigorou de início em todos os Estados. Ela decorre do reflexo da teoria divina e sobrenatural do poder; assim não poderiam prevalecer contra um Estado Todo-Poderoso os direitos individuais. Tal irresponsabilidade notabilizou-se nos Estados absolutistas onde não se admitia a possibilidade de reparação dos danos causados pela Administração. Nesse sentido, surgem às máximas do período expressas pelas fórmulas: *The king can do no wrong* (O rei nada faz de errado) e *Le roi ne peut mal faire* (O rei não pode fazer o mal). Essas máximas expressam a concepção de que o Estado era por si só expressão da lei e do Direito e, por conseguinte, não poderia violar a ordem que teria por dever preservar (GASPARINI, 2003, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006 e DINIZ, 2009)

Diniz (2009) ressalta que a irresponsabilidade estatal, todavia, era temperada, pois se admitia que seus funcionários fossem responsabilizados quando o dano decorresse de um comportamento pessoal seu. Assim durante o vigor dessa teoria não ocorria um desamparo absoluto dos administrados, havendo casos específicos que acarretavam a obrigação de indenizar como se verifica na lei francesa que admitia a recomposição patrimonial dos danos oriundos de obras públicas (GASPARINI, 2003).

A teoria da irresponsabilidade perde força juntamente com o Estado absolutista devido à influência do liberalismo. Surgem então as teorias subjetivistas da responsabilidade civil do Estado. Decorre de tais a equiparação entre o Estado e o indivíduo, uma vez que a obrigação tinha como fulcro o dolo ou a culpa. Assim para que se originasse ao Estado a obrigação de reparação do dano causado à terceiro, tornava-se necessário observar o elemento anímico de seu funcionário. Para explicar tal fato surgem cinco teorias (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006 e GASPARINI, 2003):

a) Teoria da culpa civilista: apresentava uma distinção entre ato de gestão e ato de império, onde ocorreria a isenção da responsabilidade estatal quando este editasse atos vinculados à sua soberania. A obrigação de indenizar do Estado decorreria da culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Nesse sentido, conforme salienta Ricardo Hoyos Duque, caberia ao Estado em primeiro lugar realizar uma cuidadosa eleição e uma permanente vigilância de seus funcionários a fim de evitar a sua responsabilização; e em segundo lugar o Estado responderia de maneira indireta, uma vez que na qualidade de pessoa jurídica não poderia agir ilicitamente. Embora a teoria da culpa civilista apresentasse avanço em relação à irresponsabilidade, ela não satisfazia o interesse de justiça, pois caberia a quem sofreu o dano (além de prová-lo) provar o dolo ou a culpa por parte do agente da Administração Pública, o que se mostrava demasiadamente difícil diante do caso concreto (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, MEDAUAR, 2014, GASPARINI, 2003 e DINIZ, 2009).

b) Teoria da culpa administrativa: de acordo com esta teoria o agente público passa a ser visto como parte da própria estrutura estatal; logo era a própria Administração quem responderia de maneira direta pelos seus atos, O famoso caso Blanco constitui-se um marco para o reconhecimento de tal teoria (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

c) Teoria da culpa anônima: esta teoria surge diante da dificuldade de descobrir quem foi o agente público responsável pela prática do ato lesivo, passando a não ser mais necessário especificar o funcionário que produziu determinado ato. Exige-se apenas a prova de que o ato lesivo foi decorrente de atividade pública (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

d) Teoria da culpa presumida: também denominada de falsa teoria objetiva, presumia a culpa do Estado. O termo falsa decorre de que a culpa continua a ser considerada e a presunção de culpa assume efeito *juris tantum* (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

e) Teoria da falta administrativa: nesta teoria não é necessária a investigação do elemento subjetivo estatal, mas unicamente a falta do serviço público em si mesmo (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006). Assim, conforme assevera Di Pietro (2001), a culpa do serviço ou acidente administrativo ocorre diante do não funcionamento, funcionamento atrasado ou mal funcionamento do serviço, ou conforme a denominação francesa *faute du service*, estabelecendo-se assim o binômio falta do serviço–culpa da Administração (GASPARINI, 2003). O dano gerado a terceiro decorrente da falta administrativa (se verificado que agindo não ocorreria o dano) gera ao Estado a responsabilidade independentemente da atuação de seus funcionários. Todavia, o elemento anímico culpa não é desprezado (DI PIETRO, 2001 e GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006). A concepção trazida pela teoria acarretava à vítima o ônus de provar a falta ou o mau funcionamento do serviço, o que mostrava-se muito difícil de se realizar, pois seria necessário haver um padrão de funcionamento previamente estabelecido (MEDAUAR, 2014).

3.2.2 - Teorias Objetivas

Gagliano e Pamplona Filho (2006) afirmam que, muito embora o reconhecimento da inversão do ônus da prova utilizada diante de algumas situações tenha facilitado o reconhecimento da responsabilidade estatal, ocorreu a tendência mundial em estabelecer regras de responsabilidade sem culpa. Dessa forma, não poderia passar *in albis* em relação à Administração pública. Nesse sentido, o Conselho de Estado francês passou a adotar em certos casos, diante de determinadas hipóteses, a *teoria do risco*, servindo esta de fundamento para a responsabilização objetiva do Estado (DI PIETRO, 2001). Nesse diapasão, as teorias objetivistas buscam prestigiar a reparação integral de danos e dos direitos dos cidadãos pleiteados em face do Estado (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

A partir da ideia da responsabilidade objetiva estatal, surgem outras três teorias buscando explicá-la:

a) Teoria do risco administrativo: a obrigação de indenizar passa a surgir tão somente do ato lesivo causado pelo Estado, não exigindo a culpa do agente público e nem do serviço, bastando provar a ocorrência da lesão. A obrigação de reparar os danos causados decorre do risco que a atividade pública gera aos administrados. Tal obrigação, no entanto, pode ser suavizada ou extinta mediante prova produzida pela Administração pública de que a vítima concorreu parcial ou totalmente para o evento danoso ou que este não teve origem por um comportamento do Estado (GASPARINI, 2003). Assim a ideia de culpa passa a ser substituída pelo nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o dano causado ao administrado (DI PIETRO, 2001).

b) Teoria do risco integral: de acordo com essa teoria, ocorreria o surgimento da obrigação de indenizar em qualquer caso onde houvesse o nexos causal entre a atuação estatal e o dano, independentemente da conduta da vítima. Trata-se assim de uma modalidade extremada que pode levar a desvios e abusos (VENOSA, 2004).

A doutrina brasileira confunde as terminologias do risco administrativo com o risco integral. Resalte-se que a diferença entre elas, embora tênue, existe, e reside no fato da primeira diante do caso concreto ser possível romper o nexos causal, excluído assim a responsabilidade do Estado, como ocorre, por exemplo, nos casos de culpa total da vítima (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

c) Teoria do risco social: Esta teoria parte do raciocínio que diante do dever estatal de cuidar da harmonia e estabilidade sociais, qualquer dano que os violasse acarretaria ao estado a obrigação de indenizar. Todavia, diante da situação comumente precária das finanças públicas brasileiras, o advento de tal teoria é muito mais anunciado do que acontecido (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

3.2.3 - Histórico da Responsabilidade Civil do Estado no Brasil

As primeiras Constituições de 1824 e de 1891 não disciplinavam a questão da responsabilidade civil do Estado. Assim os Juízes e Tribunais julgavam questões dessa natureza de acordo com a Lei 221,

de 1891. Já no século XX, o Código Civil de 1916, no seu art. 15 disciplinou a responsabilidade estatal com base na teoria civilista levando em conta o elemento anímico do agente público. A Constituição de 1934 trouxe no seu art. 171, a previsão da responsabilidade solidária entre o a Fazenda Pública e seus funcionários e, conforme já ocorria no Código Civil de 1916, admitia-se ainda a possibilidade de ação de regresso contra o causador do dano (MEDAUAR, 2014).

A consagração da responsabilidade objetiva ocorreu através da Constituição de 1946 (art. 194), atribuindo ao Estado a responsabilidade pelos atos de seus agentes, cabendo ação de regresso. A importância do tratamento dispensado a questão na Constituição de 1946 fez com que fórmulas semelhantes fossem utilizadas na Constituição Federal de 1967 (art. 105) e na Emenda 1/69 (art. 107) (MEDAUAR, 2014).

A Constituição Federal de 1988 disciplinou no já mencionado art. 37 o tratamento da questão dentro do sistema jurídico brasileiro. Além da Constituição, a questão é disciplinada pelo já referido art. 43 do Código Civil de 2002; todavia, tal disposição no diploma civilista mostra-se aquém da presente na carta magna, pois omite as pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviço público (MEDAUAR, 2014).

Existe certa divergência doutrinária sobre qual foi a teoria abarcada no nosso sistema constitucional. Segundo Arnoldo Mamitt, da análise do art. 37 § 6º, a teoria adotada pelo Brasil foi a da culpa presumida (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006). Em sentido contrário, Diniz (2009) afirma que é o pensamento de Hely Lopes Meirelles e Diogenes Gasparine que entendem que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio foi a do risco administrativo. Tal opinião é compartilhada por Gagliano e Pamplona Filho (2006) que afirmam ter o sistema jurídico adotado esta teoria, uma vez que admite a quebra do nexo causal pela comprovação das excludentes de responsabilidade civil.

Nesse sentido, na relação de reparação do dano sofrido pelo indivíduo em face do Estado adota-se uma teoria de responsabilidade civil objetiva, tornando-se irrelevante o elemento anímico. Permanecem, todavia, os elementos dano e nexo de causalidade, assim quando ocorre a inexistência de um destes elementos, não surge ao Estado a responsabilidade civil de reparação. Por conseguinte, quando ocorre culpa total da vítima, o Estado não estará obrigado a reparar o dano, isso ocorre não em virtude da inexistência de culpa, mas sim devido à inexistência do nexo causal. Daí decorre que a teoria adotada no sistema pátrio não é a do risco integral, pois se esta fosse à utilizada até mesmo diante de casos assim surgiria à responsabilidade do Estado.

Com em relação às teorias apresentadas, não quer dizer que obedecendo a essa cronologia, só vigore hoje a última; ao contrário, em todos os Estados acontecem ou estão presentes as teorias da culpa administrativa e do risco administrativo (GASPARINI, 2003).

Ressalte-se, ainda, que da análise do art. 37 da Constituição Federal, percebem-se a existência de duas relações de responsabilidade, uma existente entre o Estado e a vítima, baseada no nexo de causalidade, e outra existente entre o agente público perante a Administração, tendo como fulcro o dolo ou a culpa.

Importante também compreender as acepções do termo “agentes”, contido no § 6º do art. 37 da CF; tal termo reveste-se de grande amplitude buscando abarcar todas as pessoas, mesmo que de modo efêmero realizem funções públicas, exigindo-se que o agente tenha agido na qualidade de agente público e não necessariamente no exercício de sua função. Quanto à locução nessa “qualidade”, refere-se ao vínculo existente entre o desempenho da atividade junto à Administração e ao evento danoso. Ressalta-se, por fim, que a responsabilidade estatal pode ser gerada por agentes não identificados, ou ser oriunda de falhas em máquinas, aparelhos e equipamentos (MEDAUAR, 2014).

A segunda espécie de responsabilidade existente entre o agente público e a Administração, é o denominado direito de regresso, ou seja, de obter do agente que agiu mediante dolo ou culpa o pagamento do valor desfalcado dos cofres públicos para ressarcimento do dano sofrido pela vítima. Nesse sentido, a ação de regresso reveste-se de caráter subjetivo. Em outras palavras, se a Administração foi condenada a ressarcir a vítima e se fica demonstrado o dolo ou a culpa do agente, a Constituição Federal reconhece a possibilidade da ação de regresso contra o agente. As normas que regem tal ação são fixadas pela Lei 4.619/65 (MEDAUAR, 2014).

Outrossim, insta salientar o ensinamento de Diniz (2009) ao afirmar que na relação entre Administração e administrados a doutrina majoritária entende que o Estado responde objetivamente nos casos

de comportamento comissivo. Não obstante, sua responsabilidade abrange, ainda, os comportamentos omissivos, compreendidos em duas espécies (CAVALIERI FILHO, 2012).

A primeira (omissão específica) ocorre nos casos em que o Estado está na condição de garante, assim quando a sua omissão é capaz de criar situação propícia para a ocorrência de resultado danoso (à vítima que estava sob a sua proteção) que deveria ser evitado pelo Estado (CAVALIERI FILHO, 2012).

Já a omissão genérica refere-se a casos onde não se exige uma atuação específica do ente público, todavia sua omissão concorre para o resultado. Nessa hipótese a responsabilidade será subjetiva, devendo-se demonstrar que o dano ocorreu devido à sua omissão (CAVALIERI FILHO, 2012).

Não obstante, o comportamento comissivo ou omissivo gerador do dano deve ser praticado nos moldes do § 6º do art. 37 da Lei Maior, ou seja, pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Administração direta, ou autarquias (MEDAUAR, 2014).

Respondem ainda objetivamente, as pessoas jurídicas de direito privado não inseridas na Administração pública, mas concessionárias, permissionárias de serviço público e detentoras de autorização de serviço, bem como as que celebram contrato de prestação de serviço público com a Administração, nas atividades vinculadas ao serviço público prestado, além da Administração poder responder solidariamente pela má escolha do particular prestador do serviço, por ausência ou falha na fiscalização (MEDAUAR, 2014).

3.2.4 - Meios de Defesa, Culpa Exclusiva da Vítima, Excludente da Responsabilidade e Cláusula de Não Indenizar

Como já exposto e com fulcro na teoria do risco administrativo, nem todo o dano sofrido pelos administrados advindo de conduta comissiva ou omissiva do Poder Público gera como consequência o dever de indenizar. Isso ocorre, por exemplo, pela ausência do elemento nexos de causalidade como nos casos de culpa exclusiva da vítima. Outrossim, além de casos onde o Estado fica desobrigado de reparar o dano, existem casos onde embora exista a obrigação ela é atenuada devido o comportamento da vítima ter concorrido para a produção do resultado danoso.

Outra hipótese em que ocorre a exclusão é o dano gerado por força maior, de fato da natureza e não de atos da Administração Pública, assim não gera a responsabilidade civil objetiva do Estado. Importante ressaltar, nesse sentido, que no âmbito da responsabilidade do Estado não ocorre confusão entre os termos força maior e caso fortuito. Tais termos, embora apresentem elementos comuns, separam-se quanto à exterioridade (força maior) e interioridade (caso fortuito). Nesse sentido, a força maior é um elemento estranho à atividade exercida, passível de gerar dano capaz de acarretar uma obrigação. Já o caso fortuito, trata-se de causa interna, inerente ao próprio serviço, à própria atividade, que ocasionou o dano (GONÇALVES, 2012). Conclui-se assim que apenas a força maior é que pode gerar a exclusão da responsabilidade.

Já com relação às cláusulas de não indenizar, ressalta Cavalieri Filho (2012), que esta tem por objetivo exonerar o causador do dano da obrigação de indenizar, e não de sua responsabilidade. No entanto, como a relação de responsabilidade civil do Estado é extracontratual, não pode ser afastada a obrigação por disposições das partes, pois trata-se também de matéria de ordem pública, estabelecida em favor do interesse geral e das exigências do bem comum. Além do mais, a estipulação de cláusulas de não indenizar poderia estimular a negligência, a imprudência, a imperícia ou, mesmo o dolo, passando a não existir o dever de cautela imposto pela lei, contrariando com isso o interesse de toda a sociedade.

3.3 - Direitos Fundamentais como fonte geradora da obrigação estatal

Sendo a responsabilidade consequência jurídica do não cumprimento de uma obrigação, resta saber qual é e em que consiste a obrigação assumida pelo Estado.

Assim, partindo de metas do jusnaturalismo que teve força nos séculos XVII e XVIII, foi necessária a previsão de diversos direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão em relação aos seus semelhantes e ao próprio Estado, buscando evitar o arbítrio e a violência destes (COSTA, 2012 e MORAES, 2004).

A partir de uma ordem cronológica que estes direitos fundamentais foram constitucionalmente reco-

nhecidos, a doutrina apresenta uma classificação em primeira, segunda e terceira gerações (MORAES, 2004). Ressalte-se que, embora o termo “geração” possa transmitir a ideia de que o mais recente supera o anterior, a verdade é que os direitos reconhecidos em uma geração eram acrescidos juntamente com os da geração anterior ao rol dos direitos fundamentais.

Assim, conforme assevera Costa (2012), os direitos civis (direitos de primeira geração) foram os primeiros a serem reconhecidos através de três documentos básicos: o *Bill of Rights*, de 1689, na Inglaterra; a *Declaração de Independência Norte-Americana*, de 1776; e a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, na França. Os “direitos de primeira geração” tratavam-se de direitos individuais, principalmente ligados a liberdade de ir e vir, de associação e reunião, e a liberdade de pensamento e de credo religioso. Estavam assim, ligados principalmente a uma conduta negativa do Estado.

Já no século XIX, principalmente em decorrência do movimento trabalhista que estava organizado através de associações e sindicatos, a cidadania passou a conter aspectos sociais. O poder público passou então a assumir uma série de atividades que anteriormente não lhe competia, como a educação, a saúde, a seguridade e a previdência social, dentre outras. Tais direitos são os denominados “direitos de segunda geração” (COSTA, 2012).

Modernamente protege-se constitucionalmente os direitos de solidariedade ou fraternidade (direitos de terceira geração), englobando um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, o progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e outros direitos difusos (MORAES, 2004). Assim através do reconhecimento dos Direitos Fundamentais, o Estado assume obrigações positivas e negativas perante os seus administrados, e o não cumprimento destas obrigações gera a responsabilidade estatal.

3.3.1 - Direito à saúde

A saúde pode ser compreendida como estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem. Nesse sentido, sua definição vai além da simples ausência de doença (BULOS, 2007).

Como direito social, Bulos (2007) afirma que a saúde está compreendida nos direitos de segunda geração e assegurados pela primeira vez como tal no Brasil através da Constituição Federal de 1988, no Título VIII, seção II (art. 196 ao 200).

Costa (2012), analisando esta seção, compreende a saúde como direito de todos e dever do Estado, onde este assume obrigações positivas de promover políticas sociais e econômicas, visando à redução do risco de doença e outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, e obrigações negativas no sentido de abster-se de praticar atos obstaculizadores do cabal exercício desse direito fundamental. Tais obrigações assumidas pelo Estado tratam-se de obrigações em abstrato, não importando qual a esfera do poder que efetivamente a cumpre, e como trata-se de direito subjetivo, permite a sua cobrança perante o poder público (BARROSO, 2006).

Objetivando cumprir tais obrigações, a Constituição Federal dispõe que as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada que constitui um sistema único que deve observar as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, tendo as atividades preventivas como prioridade; participação da comunidade; financiamento do Sistema Único de Saúde com base no art. 195 da CF e na Emenda Constitucional 20/98; possibilidade de instituições privadas participarem de forma complementar; vedação da distribuição de recursos públicos para auxílio ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos e à participação direta e indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência a saúde no Brasil, salvo previsão legal (MORAES, 2004).

Ao Sistema Único de Saúde, a Constituição Federal ainda apresenta as seguintes atribuições, onde dentre outras lhe compete: o controle e a fiscalização dos procedimentos, produtos e substâncias relativos à saúde e produzir medicamentos, equipamentos e insumos; executar ações de vigilância sanitária, epidemiológica e da saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos; participar de políticas de execução de ações de saneamento básico; realizar desenvolvimento científico e tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos; controlar produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na preservação do meio ambiente (MORAES, 2004).

No entanto, embora a previsão constitucional do direito a saúde seja formidável, ocorre dificuldade de sua realização na prática, onde do ponto de vista efetivo tal direito não tem sido de todos, nem, tampouco, dever do Estado. Sendo que diante da dificuldade da efetivação do direito à saúde, o judiciário tem um papel imprescindível, podendo dar destinação útil ao mandato de injunção, além de verificar a ação de inconstitucionalidade por omissão, por descumprimento de tarefas estatais (BULOS, 2007).

Nesse sentido importante salientar as palavras de Bulos (2007, p.1339), onde afirma que:

o reconhecimento da saúde como direito fundamental, do homem, não alcançou efetividade, no primeiro decênio de Constituição. Assim, um direito expressivo e universal ficou postergado e, por via oblíqua, negado, condicionado, sufocado, anulado, porque, nesse campo, grassou indiferença, acomodação, omissão, ignorância, complacência e conformismo (...) a norma em epígrafe não tem alcançado qualquer efeito concreto, porque, no Brasil, o acesso a saúde é proporcional a situação econômica da pessoa.

O que tem ocorrido é a insuficiência da máquina estatal, caracterizada por um descaso, um abandono generalizado do poder executivo em relação à efetivação do direito fundamental à saúde, fazendo com que normas constitucionais taxativas sejam levadas ao descaso (MEDEIROS, 2014).

No entanto, ressalta Bulos (2007) que deve ser observado com relação ao art. 196 da Constituição Federal que este trata-se de norma programática, porém o direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, devendo estes ser protegido pelo Estado, cabendo-lhe, ainda, garantir uma existência digna e a abolição de qualquer situação que ofereça risco a tais direitos (TAQUES, 2009).

Nesse sentido, nota-se um aparente conflito, uma vez que a Constituição Federal no seu art. 5º. § 1º, estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata e as leis que deveriam derivar dos fundamentos sociais constitucionais não foram elaboradas, ficando a mercê dos membros do executivo e do legislativo em fazerem cumprir a norma constitucional (MEDEIROS, 2014).

Ressalte-se nesse diapasão que devido acarretar grande onerosidade aos cofres públicos, tendo em vista os recursos serem limitados, ocorre dificuldade na efetivação dos direitos sociais, deixando a população à espera de uma norma programática prometida e que custa ser cumprida, fazendo com que direitos que são resultados de uma longa evolução histórica e consagrados na Constituição Federal, apresentem dificuldade de saírem do papel e se concretizarem na vida da população. A limitação dos recursos públicos torna-se um obstáculo a ser vencido até mesmo nos casos em que a questão chega ao judiciário, pois muitas decisões esbarram na questão da limitação dos recursos públicos, através da denominada cláusula de reserva do possível.

3.4 - A problemática da Cláusula de Reserva do Possível e a efetividade dos direitos fundamentais e sociais

A reserva do possível passa a decorrer do fato de ser bastante onerosa a aplicação de políticas públicas por parte do Estado, reservando-se ao poder público a regalia de prestar somente o direito social economicamente possível, fazendo com que o acesso a saúde torne-se teoricamente inviável (MEDEIROS, 2014).

Tal cláusula condicionante do cumprimento dos direitos fundamentais e sociais aos recursos do Estado, de acordo com Taques (2009), tem se mostrado presente na jurisprudência pátria. No entanto, o que tem ocorrido no Brasil é uma utilização equivocada do instituto, buscando justificar verdadeiras omissões do poder público na falta de recursos para a efetivação de direitos sociais. Nesse sentido, a utilização da cláusula de reserva do possível pode colaborar ainda mais para a falta de efetividade dos direitos fundamentais.

Ressalte-se nesse sentido que diante da insuficiência econômica a efetividade dos direitos sociais resta prejudicada. Assim a adoção da cláusula não pode ser utilizada no Brasil da mesma forma que

ocorre na Alemanha (país em que surgiu a teoria), pois os dois países apresentam realidade socioeconômica e política radicalmente diferentes. Outrossim, como no Brasil as garantias institucionais não foram efetivadas, a cláusula de reserva do possível poderia apresentar um retrocesso de um processo ainda não concluído (RANGEL, 2010).

Certo é que o Estado não pode assegurar condições existenciais utópicas, pois os direitos sociais dependem de recursos (limitados) do Poder público e de um eficiente planejamento para a concretização dos direitos fundamentais e sociais; porém o Estado deve garantir o mínimo existencial previsto na Constituição Federal, sendo que o não cumprimento de tais direitos impossibilita a sobrevivência humana e, por conseguinte, o não cumprimento dos direitos sociais (MEDEIROS, 2014). Assim o mínimo existencial não pode deixar de ser garantido sob a alegação de falta ou de má administração dos recursos públicos e muito menos diante de verdadeiras omissões estatais.

A aplicação da cláusula de reserva do possível no Brasil deve dar-se através de adaptações à realidade pátria e com bastante cautela, uma vez que a utilização de um instituto oriundo de outra ordem jurídica torna-se bastante perigoso em especial diante de realidades tão distintas (RANGEL, 2010).

A dificuldade de aplicação da cláusula de reserva do possível torna-se mais patente ao se observar o modo como os recursos públicos têm sido empregados no Brasil, pois diante de muitas situações as verbas públicas deixam de ser utilizadas para a prestação dos direitos fundamentais para serem empregadas em áreas de caráter secundário e não tão relevantes (TAQUES, 2009).

Assim é no mínimo incompreensível que para a realização de verdadeiras “políticas de pão e circo” o cidadão brasileiro passe, muitas vezes, a ter sua dignidade ou a sua vida violada por falta de recursos que fazem com que seus direitos fundamentais lhe sejam tolhidos, e este cidadão após recorrer ao judiciário não tenha os direitos efetivados por conta da falta de recursos do Poder público.

Outra questão que merece ser observada é a da corrupção que se choca com a cláusula, pois com a aplicação inadequada desta seria possível negar ao indivíduo a prestação de um direito essencial sob a alegação da falta de recursos estatais e estes serem desviados para a conta bancária dos poderosos, passando a vitimar, principalmente, as classes mais pobres da sociedade, e uma vez que as políticas públicas são financiadas por toda a sociedade torna-se inadmissível que quando o cidadão reclama em juízo um direito, o Estado lhe feche as portas, alegando não haver verbas. Desse modo, é fundamental que a sociedade se dê conta de seu papel enquanto agente fiscalizador dos deveres estatais (TAQUES, 2009).

Por fim, ressalta Taques (2009) que:

é preciso percebemos que de nada adianta contarmos com um sistema jurídico detentor de instrumentos que possam viabilizar os Direitos Humanos e Fundamentais, se grande parcela dos operadores jurídicos no Brasil, onde sequer os direitos individuais e as liberdades públicas primárias são garantidas à cidadania, os direitos sociais ou coletivos são reduzidos a extremos absolutamente insignificantes devido à supremacia dos primados econômicos sobre os políticos.

3.5 - A falta de efetividade dos direitos fundamentais e sociais e o papel da Responsabilidade Civil do Estado

Diante da questão exposta, a responsabilidade civil, em especial a do Estado, mostra que este instituto pode ser utilizado como um instrumento na busca da efetivação dos direitos fundamentais e sociais, uma vez que o Estado passa a responder pelo não cumprimento de suas obrigações perante sua população.

Assim o Estado não pode ficar inerte diante de normas programáticas, mas deve buscar a efetivação dos direitos assegurados pela Constituição Federal, onde sua conduta omissiva passa a gerar à Administração pública a responsabilidade de reparação pelo dano causado ao indivíduo em decorrência da falta do serviço ou de sua prestação com má qualidade.

Verdade é que não se pode exigir do Estado um serviço utópico, porém em nossos dias uma análise superficial já deixa patente que inúmeras vezes os direitos mais básicos que garantem o mínimo exis-

tencial ao indivíduo deixam de ser respeitados. E diante de uma Constituição Federal que possui como característica a proteção da dignidade humana do cidadão, não se pode admitir como compreensível que diante de verdadeiras omissões estatais que causam danos a sua população o Estado deixe de ser responsabilizado.

No entanto, não basta ao Estado proporcionar um mero acesso aos serviços de saúde. Tal acesso deve dar-se em tempo e condições adequadas para que o direito a saúde, a vida e a dignidade humana não sejam tolhidos de sua população, ou seja, o acesso à saúde deve ser eficiente.

Diante da falta de eficiência do serviço público, resta ao cidadão recorrer ao judiciário na esperança de que este lhe garanta um direito que lhe deveria ser assegurado em suas condições mínimas pela Administração pública sem a necessidade do judiciário, que tem sido utilizado na busca de remediar falhas na prestação dos serviços mais básicos.

Ocorre que nem sempre o judiciário poderá garantir tais direitos, uma vez que muitas decisões esbarram na alegação de falta de recursos para a efetivação do acesso ao serviço de saúde. Porém como já mencionado, o dinheiro público tem sido utilizado em áreas que não são prioritárias à população e por vezes tem sido desviado através da corrupção daqueles que muitas vezes são os responsáveis por garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Não parece correto a população sofrer em decorrência da incompetência na administração dos recursos públicos, sendo que se o Estado agisse de maneira adequada poderia garantir as mínimas condições à sua população além de colaborar para desafogar o judiciário.

Além do mais, por maior que fosse a efetividade do judiciário em garantir o direito do cidadão, muitas vezes diante de casos concretos não haveria tempo para recorrer a ele. Pode ser citado como exemplo os casos aonde indivíduos vêm a óbito por falta de leito de UTI, que não foi disponibilizado em virtude da má administração dos recursos públicos.

Assim, diante de danos sofridos pela vítima e havendo nexo de causalidade o Estado deve ser responsabilizado para que a vítima tenha seu dano reparado. Ocorre que diante de casos, por exemplo, de omissão estatal, a vítima (sendo alguém da sociedade) tem seu dano reparado causando desfalque aos cofres públicos passando a dificultar ainda mais a efetivação dos direitos sociais. Nesse sentido, a sociedade diante de um ato de omissão estatal passa a sofrer dois prejuízos, o primeiro ao ser vítima da falta ou falha de um serviço que o Estado tinha por obrigação disponibilizar nos moldes dos princípios consagrados no art. 37 da Constituição Federal, e o segundo através do desfalque nos cofres públicos.

Todavia, diante de casos de dolo ou culpa do agente que causou o dano, o Estado pode promover a ação de regresso com a finalidade de reaver o valor desfalcado. Ressalte-se, porém, que muitas vezes isso não será possível, uma vez que o agente não agiu com o elemento anímico e o dano sobreveio por falhas no serviço em si.

A dificuldade de o Estado garantir as condições mínimas à sua população tem ocasionado um descrédito generalizado com o serviço público de saúde; e com razão, pois muitos são os casos onde o serviço mostra-se deficiente. Merece, no entanto, ser reconhecido que mesmo que lentamente o sistema tem avançado, mas a deficiência desse avanço tem tolhido da população os direitos mais básicos e condenado muitos, que não tem onde recorrer, à morte. Talvez daí surja a expressão que muito se tem ouvido nos dias atuais, de que “o sistema público de saúde está na UTI”. Tal termo, no entanto, parece estar errado, pois para esta condição implicaria em estar recebendo um tratamento intensivo, o que não tem ocorrido na prática. Assim talvez o sistema público de saúde esteja na verdade em uma longa e lenta fila do SUS esperando para que lhe seja feita sua anamnese com o intuito de que posteriormente lhe sejam ministrados os cuidados necessários.

Diante de tal situação vivenciada, a responsabilidade civil pode ser utilizada como um mecanismo; lógico que não é uma panaceia, mas um instrumento na busca da efetividade dos direitos fundamentais e sociais e para reparar os danos sofridos pelo cidadão.

4 - CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se a importância da responsabilidade civil do Estado que poderá ser utilizado com uma dupla finalidade, a de reparar o dano causado e a de coibir a inércia estatal impul-

sionando-o a cumprir as suas obrigações perante a sua população. Assim, diante do momento histórico, não podemos retornar as máximas caracterizadoras da teoria da irresponsabilidade estatal, pois se assim fosse direitos fundamentais seriam tolhidos de seus detentores, além de ser conferida liberdade ao Poder público para agir ou deixar de agir de acordo com a conveniência.

A responsabilidade civil do Estado deve ser compreendida com consequência do não cumprimento de sua obrigação que compreende a falha na prestação dos serviços públicos assistenciais. Deve ainda ser garantido ao indivíduo que já teve seu direito violado a possibilidade de ter a reparação do dano sofrido, reparação esta que muitas vezes mostra-se irrisória diante do caso concreto. Ao Estado fica-lhe garantida a possibilidade da ação de regresso contra o agente causador do dano, observado o elemento anímico do mesmo. Nesse sentido, ocorrendo dolo ou culpa do agente não haveria desfalque nos cofres públicos, cabendo ao causador do dano ressarcir o valor gasto pelo Estado para a reparação do dano.

Como a saúde é um direito intimamente ligado a outros, como o direito à vida e o direito à dignidade humana, a ele pode ser conferido aplicabilidade imediata, não podendo a Administração pública deixar de garantir tais direitos sob alegação de ser o direito à saúde norma programática, e se omitir de suas obrigações e nem estas omissões serem legítimas, tendo como fundamento a cláusula de reserva do possível sob a alegação da falta de recursos para efetivação dos direitos fundamentais e sociais, até porque os recursos públicos têm sido utilizados em áreas menos relevantes ou sido desviados através da corrupção.

Por fim, cabe ao Estado garantir o mínimo existencial à sua população, e o não cumprimento dessa obrigação gera ao indivíduo, observado os elementos dano e nexos de causalidade, o direito de requerer a reparação do dano causado através da responsabilidade civil do Estado.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 5º ed. reform. São Paulo, Saraiva, 2006
- BULOS, Uadi Lammêgo, **Constituição Federal anotada**, 7º ed. rev. e atual. Até A Emenda Constitucional N. 53/2006, São Paulo, Saraiva, 2007
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10º ed. São Paulo, Atlas, 2012
- COSTA, Nelson Nery, **Constituição Federal anotada e explicada**, 5º ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro, Editora Forence, 2012
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**- 13. ed. São Paulo, Atlas, 2001
- DINIZ, Maria Helena, **Código Civil anotado**, 14º ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2009
- GAGLIANO, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de Direito Civil**, Volume III: Responsabilidade Civil – 6º ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2006
- GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 8º ed. rev. atual. São Paulo, Saraiva, 2003
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Volume 4: Responsabilidade Civil, 7º ed. São Paulo, Saraiva, 2012
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18º ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais. 2014
- MEDEIROS, Cassiano Quinino de. **Saúde como Direito Social e a cláusula da reserva do possível**: Conflito Entre Poderes. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/humanidades2009/Anais/GT08/8.1.pdf>> Acesso em: 15 jul 2014
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15º ed. São Paulo, Atlas, 2004

RANGEL, Douglas Eros Pereira. **Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a reserva do possível**: Uma Análise Sob A Ótica Do Neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/douglas_eros_pereira_rangel.pdf> Acesso em: 15 jul 2014

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, Volume 4: Responsabilidade Civil – 19º ed. São Paulo, Saraiva, 2002

TAQUES, Silvana. **Reserva do possível no sistema jurídico brasileiro**: O (Des) Valor Da Vida E Da Dignidade Humana – Uma Inversão De Valores. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1985>> Acesso em: 15 jul 2014

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Volume I: Parte Geral. 4º ed. São Paulo, Atlas, 2004.

PARTE III

Constitucionalização do direito privado

A MULTIPARENTALIDADE E OS SEUS EFEITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Alessandro Coimbra dos Santos¹

Juliana Ferreira Ribas²

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Constitucionalização do Direito Privado

RESUMO

O texto aborda as recentes mudanças ocorridas no instituto da filiação, que acarretaram a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade, mediante a existência concomitante da paternidade biológica e da socioafetiva, gerando a formação de linhas ascendentes plurais para o mesmo filho. Nesse contexto, a partir da doutrina e jurisprudência pátria, analisa-se como a temática tem sido enfrentada pelos nossos tribunais, bem como as consequências produzidas pela aceitação da pluriparentalidade no Direito de Família e Sucessões.

Palavras-chave: *Multiparentalidade; Família; Herança*

RESUMEN

El texto trata los más recientes cambios ocurridos en el instituto de la filiación, que implicó la posibilidad del reconocimiento de la multiparentalidad, a través de la existencia concomitante de la paternidad biológica y la socioafectiva, produciendo la formación de líneas ascendentes plurales para el mismo hijo. En este contexto, a partir de la doctrina y la jurisprudencia patria, se analiza como la cuestión ha sido encarada por nuestros tribunales, como también las consecuencias producidas por la aceptación de la pluriparentalidad en el Derecho de Familia y Sucesión.

Palabras clave: *multiparentalidad, familia, herencia.*

1 - INTRODUÇÃO

Buscando a efetivação de princípios constitucionalmente assegurados, ocorreram recentes mudanças no instituto da filiação. Entende-se hodiernamente que a proteção conferida à paternidade biológica deve ser estendida à socioafetiva, sem que haja qualquer forma de hierarquização entre elas, reconhecendo-se que ambas se complementam.

Não obstante, em decorrência dos constantes rearranjos familiares, as paternidades biológicas e socioafetivas nem sempre estarão reunidas em um único pai/mãe, gerando a possibilidade de um filho possuir linhas ascendentes plurais. Destarte, o reconhecimento da multiparentalidade pelos nossos tribunais representa a imediata solução para diversos impasses, na medida em que não restringe direitos, mas reconhecendo o contexto fático, amplia a proteção jurídica para uma relação já existente (PRETTO et al, 2013).

Ainda que a solução apresente suas vantagens, grandes celeumas podem ser geradas ao enfrentar as consequências jurídicas produzidas no complexo de direitos e obrigações inerentes do reconheci-

1 - Acadêmico do 8º Período do Curso de Direito da FATEB - Faculdade de Telêmaco Borba, estagiário de graduação do Ministério Público do Estado do Paraná. alecoimbrasantos@yahoo.com.br

2 - Advogada e professora universitária, especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, titular da cadeira de Direito de Família e Direito das Sucessões na FATEB – Faculdade de Telêmaco Borba. adv-juliana@hotmail.com

mento da relação filial, mormente associados ao Direito de Família e Sucessões, fazendo-se necessário compreender de que forma a doutrina e a jurisprudência vêm enfrentando a problemática, a fim de analisar se estão sendo respeitados os direitos fundamentais dos sujeitos da multiparentalidade.

2 - METOLOGIA

O estudo foi realizado por meio do método dedutivo, analisando as consequências jurídicas produzidas pelo reconhecimento da filiação pluriparental, especialmente em relação ao Direito de Família e Sucessões. A técnica de pesquisa utilizada foi pesquisa bibliográfica sobre as concepções doutrinárias e jurisprudenciais sobre porfiado tema.

3 - DESENVOLVIMENTO

3.1 - Da reconstrução jurídica da filiação ao reconhecimento da multiparentalidade

A filiação pode ser compreendida como a relação jurídica que liga o filho a seus pais, sendo que o vínculo filial desdobra-se em outros conceitos conforme proceda-se sua análise de diferentes ângulos. Assim, a filiação propriamente dita, é aquela considerada em relação ao filho. Por outro lado, em relação aos genitores, divide-se em paternidade e maternidade (GONÇALVES, 2012).

Não obstante, mais importante que as mudanças de nomenclaturas conforme mude o enfoque da relação filial, é analisar a evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, percebe-se que a filiação passou nas últimas décadas por três períodos. De início, na primeira metade do século XX, a figura do pai quase se confundia com o marido, vigorando a presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (expressão oriunda do Direito Romano, em que se atribui ao marido a paternidade do filho concebido durante o casamento). Tal presunção tinha o intuito de preservar a segurança e a paz familiar, na medida em que evitava a atribuição de prole adulterina à mulher, entendendo que o filho da mulher casada foi fecundado por seu marido. Já com relação à maternidade, insta salientar que, em regra, o simples fato do nascimento estabelece o vínculo jurídico entre mãe e filho, daí surge a expressão *mater semper certa est* (GONÇALVES, 2012).

Ainda que a presunção da paternidade no Código Civil de Bevilacqua fosse relativa, sua força era deveras acentuada, tanto em razão da inexistência de forma que pudesse determinar com exatidão a existência do vínculo biológico entre pais e filhos, quanto em relação à própria influência cultural da sociedade da época.

Destarte, ainda que o atual Código Civil continue admitindo a presunção de que o marido é o pai do filho concebido durante a constância do casamento (artigos 1.597 a 1.600 do Código Civil)³, tal presunção não possui tanta força quanto outrora, haja vista que com o desenvolvimento tecnológico, temos hoje, formas de ilidir dúvidas relacionadas a origem biológica do filho.

Na segunda fase da filiação, com a evolução científica e o surgimento do exame de DNA, a análise do código genético passou a ser fator determinante do reconhecimento da filiação, confundindo-se a figura do genitor com a do pai. No entanto, considerando que a condição paterna/materna vai além da situação de ser gerador biológico (embora seja importante este aspecto), ele não pode prevalecer sobre a verdade afetiva (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2014)

3 - Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.

Art. 1.600. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

Assim, como consequência das inúmeras mudanças ocorridas, sendo a filiação um dos temas do Direito Civil que mais sofreu influência dos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988, compreende-se que atualmente a imputação da paternidade biológica não substitui o estado de filiação, revelado através da convivência familiar, pelo efetivo cumprimento dos deveres de guarda, educação, sustento do filho e, sobretudo pelo relacionamento afetivo (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2014 e LÔBO, 2011).

Desta forma, hodiernamente, o conceito de filiação deve ser analisado à luz dos laços de afeto e da solidariedade, derivando da convivência familiar, e não do sangue. Em vista disso, a posse de estado de filho (gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não-biológica), busca o claro objetivo de garantir a felicidade como um direito a ser alcançado (DIAS, 2015 *apud* LÔBO, 2010 e EI 540.457/2010 SC).

Não obstante, o vínculo biológico continua sendo importante, razão pela qual Venosa (2013) afirma que, nessa nova fase do Direito de Família, o legislador procura sempre que possível fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica, levando-se em conta as implicações de ordem sociológica e afetiva que envolvem a problemática. Nesse diapasão, só há sentido na paternidade científica como relação de filiação quando coexiste com a afetiva, sendo que a ascendência genética quando dissociada da ternura e da convivência, nada mais representa do que um efeito da natureza, não podendo ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe (EI 540.457/2010 SC)

Em conformidade com aludido entendimento, passou a ser admitido pelo judiciário que por meio de uma gota de sangue não se pode destruir o vínculo de filiação declarado perante a sociedade e reconhecido publicamente (REsp 932.692/DF). Desse modo, o reconhecimento do estado de filho pelos nossos tribunais consagra que o elo de afeto existente entre pais e filhos pode, em determinados casos, superar o próprio vínculo genético existente entre ascendentes e descendentes (REsp. 124.4957/2012 SC, REsp. 1189.663/2010 RS, ARE 692.186 PB).

Insta salientar, o entendimento de Pretto *et al* (2013), com relação a paternidade socioafetiva, ao afirmar que os dois diferentes aspectos que a compõem, se ligam no momento em que a afetividade cria um vínculo refletido no meio social através de três elementos: a reputação, o nome e o tratamento, situação que a diferencia das demais modalidades afetivas (não parental) e das que não são juridicamente protegidas. (AC 058.872/2012 SC).

Assim, o judiciário ao reconhecer as diversidades inerentes às relações familiares, sobretudo a pluralidade de vínculos filiais, empreende a reconstrução jurídica da filiação. À vista disso, não se confunde o conceito de pai/mãe com o de esposo/esposa ou de genitor/genitora, e nem mesmo estes necessariamente reúnem-se na mesma pessoa.

Tal situação ocorre, sobretudo, do distanciamento do parâmetro ideal de paternidade una da realidade, na medida em que as novas organizações familiares vão sendo reconstituídas após sucessivos divórcios e as figuras parentais vão-se mesclando em decorrência dos constantes rearranjos familiares (PRETO *et al*, 2013).

Como consequência da reconstrução jurídica da filiação e aceitando-se que a filiação socioafetiva pode existir concomitantemente com a biológica, surge o fenômeno da multiparentalidade ou pluri-parentalidade como uma solução para a problemática, onde através de seu reconhecimento nenhum dos pais, seja afetivo ou biológico, precisa ser excluído da relação familiar, podendo os dois assumir o papel de pais do mesmo filho, bastando para a sua configuração que o filho possua uma pluralidade na linha ascendente, gerando a coexistência de múltiplos vínculos de filiação (COHEN e FELIX, 2013 e DIAS, 2015).

Situações concernentes ao tema, aos poucos têm chegado ao judiciário, suscitando decisões de juízes de primeiro grau admitindo a multiparentalidade registral, sem que as sentenças tenham sido alvo de recurso,⁴ uma vez que, em conformidade com o posicionamento do STJ, demonstram que não se

4 - Em demanda investigatória de paternidade cumulada com anulação de registro civil, em que a autora buscava substituir o registro decorrente de adoção à brasileira pelo pai biológico, em face da revelia de ambos os demandados a magistrada determinou o acréscimo do nome do genitor, sem prejuízo da filiação registral. Promovida a adoção pelo tio e a esposa, que criaram a sobrinha desde o nascimento, foi deferida a adoção em nome do casal adotante, permanecendo no registro o nome da mãe biológica. Foi acolhida a ação de investigação de paternidade intentada pela criança, os pais adotivos e o pai biológico, em face do vínculo afetivo existente entre todos.

Foi acolhida a ação declaratória de maternidade socioafetiva com a inclusão no registro do nome de quem criou os autores – agora já adultos – desde o

pode passar despercebida pelo direito à coexistência de relações filiais, compreendidas como expressão da realidade social (DIAS, 2015).

Em que pese a proteção jurídica conferida à situação fática, grandes celeumas podem ser geradas, mormente no Direito de Família e Sucessões.

3.2 - Efeitos da multiparentalidade do Direito de Família

A multiparentalidade ao ser reconhecida pelos nossos tribunais gera situações que não podem passar *in albis*, precipuamente com relação aos seus efeitos jurídicos no tocante ao complexo de direitos e obrigações inerentes à filiação.

Para compreender os efeitos do reconhecimento da pluriparentalidade no direito de família, faz-se necessário de início, observar a grande mudança ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro relacionada à introdução do princípio da igualdade entre os filhos na Constituição Federal de 1988.

Nesse diapasão, o artigo 227, Parágrafo 6º da Lei Maior assevera que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Moraes e Teixeira (2012), comentando sobre o assunto, afirmam que o estabelecimento da igualdade irrestrita entre os filhos representa uma das evoluções mais significativas do direito de família. Assim, à luz da disciplina conferida ao tema pela Constituição Federal, a igualdade não se pode restringir ao âmbito formal, mas seu significado efetivo abrange a seara material, visando a implementação da efetiva igualdade entre os filhos, no âmbito material, espiritual, no tratamento afetivo etc.

O supracitado dispositivo legal é repetido com igual redação no artigo 1.596 do Código Civil de 2002, sendo que Venosa (2011) comentando sobre o assunto afirma que, se de um lado, desapareceu o tratamento discriminatório, por outro, o direito dos filhos provindos de fora do casamento devem ser obtidos através de instrumentos legais ora posto de forma ampla à disposição no ordenamento. Constituindo-se este o atual desafio no direito de filiação.

Destarte, à luz dos princípios insculpidos na Constituição Federal e no Código Civil, deve-se considerar que não se permite a interpretação de normas relativas à filiação com resquícios de desigualdades de tratamento, tornando-se inadmissível a produção de efeitos jurídicos diferenciados ou limitados nas relações patrimoniais e pessoais oriundas do parentesco (LÔBO, 2011 e PEREIRA, 2013).

Tal situação ocorre em razão do rígido processo evolutivo pelo qual passou a relação filial, marcada pela sua funcionalização, despatrimonialização e despenalização. Afinal, os filhos não podem ser responsabilizados pelos atos de seus pais (MORAES E TEIXEIRA, 2012).

Como consequência da evolução ocorrida, a proteção da relação filial deve ser estendida às admitidas através do reconhecimento da multiparentalidade, haja vista que a intenção do constituinte na proteção dos filhos não foi excepcionar qualquer forma de perfilhação, mas sim de proteger todos os filhos de maneira igual, tornando-se irrelevante o modo como ocorreu o seu reconhecimento.

Nesse sentido, afirmam Cohen e Felix (2013) e Mesquita e Mingati (S/D) que ao ser reconhecida a multiparentalidade, no Direito de Família destacam-se os efeitos produzidos, sobretudo em quatro áreas, a saber:

a) No *parentesco*⁵: considerando-se que o artigo 1.593 do Código Civil dispõe *in verbis*: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, o vínculo parental surge entre o filho e todos os parentes ligados a todos os pais. Nesse sentido, poder-se-ia aplicar, *mutatis mutandis*, as mesmas consequências geradas a adoção expostas no artigo 41 da Lei 8.069 de 1990;⁶

nascimento, sem a exclusão do nome da mãe que faleceu no parto. Proposta ação investigatória pelo pai biológico, foi ele incluído no registro sem a exclusão do pai registral. Buscando o pai biológico o reconhecimento de filiação, foi deferido o registro em nome do marido da mãe, sem a exclusão do pai biológico. Falecida a mãe em virtude de complicação pós-parto, seu irmão e a esposa passaram a criá-la, tendo sido deferida a adoção ao casal sem a exclusão do nome da mãe. Foi homologado judicialmente acordo levado a efeito, no âmbito da Defensoria Pública, reconhecendo a filiação biológica, mas preservando a filiação registral, em face da manutenção de laços socioafetivos. Em ação de investigação de paternidade, reconhecido que o pai registral não é o biológico, foi declarada a dupla paternidade. (DIAS, 2015, 411-412)

5 - Para Pontes de Miranda, parentesco é a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou de autor comum (consanguinidade), que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (afinidade), ou que se estabelece, por *fictio iuris*, entre o adotado e o adotante (GONÇALVES, 2012, 309).

6 - Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

b) *Nos direitos da personalidade*⁷ (especificamente o direito ao nome⁸): salientando os ensinamentos de Venosa (2011) ao afirmar ser o nome, de modo geral, fator de individualização na sociedade, elemento integrante da personalidade e indicativo da procedência familiar, designando a filiação ou a estirpe, pode-se afirmar que, reconhecendo-se mediante a pluriparentalidade, a formação de nova linha ascendente do filho, surge a este a possibilidade de fazer acrescer ao seu nome, o nome de família de seu pai/mãe;

c) Nos *alimentos*⁹: frente a indiscutível importância do instituto, assevera Venosa (2011) que, o ser humano desde seu nascimento até sua morte, necessita de amparo de seus semelhantes e bens essenciais à sua subsistência. Nesse sentido, o artigo 1.696 do Código Civil, reconhecendo a imprescindibilidade do instituto dispõe: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Considerando que tal obrigação disciplinada pelo diploma civilista, é estendida às relações socioafetivas (Enunciado nº 341 da IV Jornada de Direito Civil), o direito de o filho pedir de seus pais os alimentos necessários para sua subsistência, estende-se ao que foi reconhecido mediante a admissão da multiparentalidade.

Outrossim, deve-se aplicar nessa relação filial o disposto no artigo 229 da Constituição Federal que dispõe in verbis: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Sendo este dispositivo, segundo Costa (2012), artigo que conscientiza a necessidade da família ser preservada e estimulada em seus laços afetivos, devendo existir auxílio econômico entre os parentes. Surge, nesse sentido, a obrigação de assistência para todos os sujeitos da multiparentalidade.

Ademais, merece destaque nesse contexto, em que por vezes a paternidade biológica e a socioafetiva não estão concentradas em um mesmo indivíduo que, à luz do princípio da paternidade responsável, consagrado no artigo 226 § 7º da Constituição Federal, que não podem os pais biológicos eximirem-se de sua obrigação para com seus filhos sob a alegação de que não mantêm com estes relacionamentos socioafetivos, pois se assim fosse estaria-se premiando a atitude de pais irresponsáveis e negligentes que não buscam a preservação de relacionamento com os descendentes e, penalizando os genitores que, conscientes de sua importância na vida de seus filhos, buscam preservar o vínculo socioafetivo com estes;

d) No direito à *guarda*¹⁰ e às *visitas*¹¹: sendo a guarda atributo do poder familiar, e este compreendido como o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos no interesse do menor (LÔBO, 2011), o reconhecimento da pluriparentalidade, acresceria novo indivíduo que exerceria referido múnus, solidariamente com os demais pais. Nesse sentido, ressalta Dias (2015), que na multiparentalidade todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, e os filhos desfrutem dos direitos com relação a todos, não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória.

No entanto, é necessário observar que a guarda sempre deve ser exercida a partir da concepção do filho centrada, considerando o menor como sujeito de direitos, e não objeto do interesse dos pais (GRISARD FILHO, 2014).

3.3 - Efeitos da multiparentalidade no direito das sucessões

Discorrendo acerca da importância da sucessão causa mortis, Gonçalves (2012, apud LEITE, 2003) afirma:

o homem desaparece, mas os bens continuam, porque grande parte das relações humanas transmigra para a vida dos que sobrevivem, dando continuidade, via relação sucessória, no direito dos herdeiros, para depois da morte

7 - Os direitos da personalidade decompõem-se em direito à vida, à própria imagem, ao nome e à privacidade, resguardando a dignidade humana. Desse modo, ninguém pode por ato voluntário, dispor de sua liberdade, renunciar à liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem ou renunciar o direito de pedir alimentos (VENOSA, 2011)

8 - Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

9 - Na linguagem jurídica, os alimentos traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir suas necessidades e assegurar sua subsistência (VENOSA, 2011)

10 - De acordo com o artigo 1.634, II, do Código Civil, a guarda dos filhos menores é atributo do poder familiar (VENOSA, 2011)

11 - Utilizado quando aplicada a Guarda Unilateral, a fim de garantir o contato do filho com seu pai/mãe não guardião.

Nesse sentido, a sucessão refere-se à ideia de substituição, de tomar lugar de outrem, assumindo o posto que, outrora, era daquele que não vive mais entre nós. Referida mudança, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2015), deve observar, dentre outros, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana¹², da igualdade¹³, e da função social da propriedade.¹⁴

Outrossim, insta salientar que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXX, apresenta a herança como um direito fundamental.

A esse respeito, Martins-Costa (2013) afirma que cria-se uma intangibilidade à herança demarcada pela vedação ao Estado de abolir o instituto ou restringir excessivamente o direito sucessório, havendo ainda uma eficácia no plano hermenêutico, na medida em que o direito assegurado concretiza aspectos dos princípios de autodeterminação pessoal e da solidariedade familiar.

No entanto, conforme o dispositivo constitucional, trata-se de uma garantia institucional cujo âmbito de proteção é estritamente normativo, cabendo ao legislador ordinário determinar a amplitude, a conformação, o conteúdo e os modos de exercício do direito (MARTINS-COSTA, 2013).

Nesse diapasão, a garantia ao direito de herança é concretizada pelo Código Civil, na forma da tradição luso-brasileira que:

acolhe a sucessão testamentária e a sucessão legítima, articulando em um mesmo “espírito de compromisso” dois diversos polos de interesses: o do indivíduo (ou da liberdade) e o da comunidade (ou da proteção econômica à família). De um lado, se o autor da herança falece intestado, abre-se a sucessão legítima (CC, art. 1.788), segundo a ordem do art. 1.829 (ou do art. 1.790, em caso de união estável). De outro lado, a liberdade de disposição é exercitável por meio de testamento (“sucessão testamentária”), sendo restrita à metade do patrimônio (“parte disponível”), uma vez que a outra metade (“legítima”, “reserva hereditária”) é reservada, cogentemente, aos herdeiros necessários, se os houver (CC, arts. 1.789 e 1.845), incluindo-se nessa categoria, o cônjuge, se ao tempo do óbito estava íntegro o casamento (art. 1.830). e, conforme certo entendimento, também o companheiro. (MARTINS-COSTA, 2013, Livro eletrônico)

Em que pese à existência de duas modalidades de sucessão e a atenção do legislador em regulamentar a sucessão testamentária em um título específico para ela (título III do Livro V do Código Civil), esta modalidade ainda é pouco usual no Brasil. Razão pela qual a sucessão legítima ganha ainda maior importância.

Exposto sucintamente o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico ao Direito sucessório, pode-se afirmar com relação à multiparentalidade que, sendo reconhecida a afetividade como critério definidor do parentesco, este incorpora-se no ambiente legal como um direito inerente a todos que preencham os requisitos, não havendo qualquer liame de preconceito e primazia de relações biológicas de parentesco (FROÉS e SADRI, S/D *apud* FARIAS E ROSENVALD, 2012).

Portanto, independente da forma de filiação, admitindo-se a multiparentalidade, no momento da transmissão da herança criaria-se uma linha de sucessão para cada um dos pais que o filho estiver figurando este como herdeiro necessário daqueles (COHEN e FELIX, 2013).

Quanto à sucessão dos ascendentes, na ausência de descendentes, todos aqueles que figurarem como pais do mesmo filho serão igualmente herdeiros necessários, concorrendo com eventual cônjuge ou companheiro sobrevivente (COHEN e FELIX, 2013).

Nessa mesma linha de intelecção, é razoável afirmar que a filiação decorrente do reconhecimento da multiparentalidade geraria a possibilidade do filho socioafetivo ser herdeiro de seu irmão (com quem não possui vínculo biológico), quando este falecer ab intestato sem deixar herdeiros necessários.

12 - em razão desta princípio constituir um filtro necessário para a compreensão de todo o ordenamento jurídico, toda e qualquer norma que o afronte, pode ter a sua constitucionalidade questionada. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

13 - de sua observância decorre que qualquer determinação legal que trate de forma discriminatória, aqueles que se encontrem na mesma categoria de interesse, deve ser considerada inconstitucional. Logo, reconhecida a possibilidade de transmissão patrimonial causa mortis, pouco importa a origem da filiação. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

14 - deve ser respeitado, eis que o direito sucessório está umbilicalmente ligado ao princípio da função social da propriedade. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015)

Outrossim, reconhecendo-se não poder haver qualquer forma de limitação aos efeitos da filiação reconhecida pela socioafetividade, não poderia ocorrer qualquer prejuízo dos descendentes do filho reconhecido pela multiparentalidade, exercerem o direito de representação na falta de seu genitor, desde que em conformidade com a própria disciplina legal conferida à questão nos artigos 1.851 a 1.856 do Código Civil.

3.4 - O caso do EI 540.457/2010 SC e resistência dos tribunais na aplicação dos efeitos da multiparentalidade

Não obstante, a exposição das mudanças ocorridas com relação à filiação, acarretando a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade (que aos poucos começa a ser admitido pelo judiciário), Pretto et al (2013) afirmam que por ora ainda não é pacífico em nossos tribunais o reconhecimento da coexistência de filiações biológica e socioafetiva e muito menos a garantia de sua plena eficácia. Denota-se da análise de recentes julgados que ainda perdura um inegável preconceito contra filiação não biológica, sendo muitas vezes negada a paternidade em nome da preservação dos direitos dos filhos biológicos ou, quem sabe, de uma proteção velada à honra.

Nesse sentido, Pretto et al (2013) apresentam o caso do EI 540.457/2010 SC, em que um homem adulto buscou o reconhecimento de sua filiação biológica e seus direitos hereditários. O autor, filho de mãe jovem e solteira, quando pequeno fora registrado como filho legítimo dos avós maternos. Passado algum tempo, fora adotado por sua mãe biológica e por seu marido, não lhe sendo revelados todos os fatos até seus trinta e quatro anos de vida. Descoberta a verdade, procurou seu pai biológico, o qual, após breve contato, faleceu sem tempo de reconhecer sua paternidade em relação ao autor.

Nessa oportunidade, entendeu-se que a demanda representava mero interesse patrimonial, uma vez que seria impossível conquistar laços afetivos e carinhos inerentes às relações familiares, cabendo ao autor apenas pesquisar sua origem biológica, mas não alterar seu assento de nascimento nem suceder seu genitor concorrendo com os demais herdeiros necessários.

Já com relação aos votos vencidos, sustentou-se em síntese que: o ser humano deve ser respeitado em seus três aspectos (genético, afetivo e ontológico) sendo impossível hierarquizar as formas de paternidade, devendo todas ser igualmente valorizadas e eficazes, inclusive para fins sucessórios, não podendo-se negar o reconhecimento concomitante das diferentes formas de paternidades e de seus efeitos jurídicos, sob pena de se negar a existência tridimensional, bem como a dignidade humana. Ademais, limitar a eficácia da paternidade fere diretamente as previsões constitucionais de igualdade entre os irmãos e de direito à herança, sendo tal pleito justo e nada desmerecedor.

Ainda que existam divergências nos argumentos apresentados, os nossos tribunais, de acordo Fabiane Goulart (2013), vêm perfilhando-se ao entendimento segundo o qual o reconhecimento da filiação socioafetiva post mortem é ilegítima e visa apenas interesse patrimonial, eis que se o de cujus tivesse intenção em tal reconhecimento, o teria feito em vida ou por meio de testamento. Importante destacar que, referido entendimento, torna-se pertinente quando no caso concreto não se comprovar a filiação sociológica (PRETTO et al, 2013).

Não obstante, deve ser considerado que a herança é um direito legalmente garantido aos filhos, não havendo razão para que a doutrina e a jurisprudência tenham como interesseiro o filho afetivo. Assim, considerando-se que o reconhecimento da paternidade socioafetiva passa por um sério crivo para sua comprovação, torna-se irrelevante o juízo moral particular do julgador ao analisar o caso, tão pouco é pertinente a ele ou a doutrina criarem requisitos extralegais ao reconhecimento da filiação ou à perfectibilização do direito à herança (PRETTO et al, 2013).

4 - CONCLUSÃO

Frente a presente problemática, infere-se que a proteção conferida ao relacionamento socioafetivo deve ser analisada a partir das peculiaridades do caso concreto, sendo que as constantes tentativas em fazer coincidir a paternidade biológica com a socioafetiva sem hierarquizá-las, busca precipuamen-

te a efetivação de princípios como da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Nesse diapasão, e em decorrência dos rearranjos familiares, há a possibilidade da coexistência de múltiplos vínculos filiais, não havendo óbices para o reconhecimento da multiparentalidade, ainda que post mortem, desde que comprovados os seus requisitos mediante detida análise dos mesmos.

Assim, considerando a imensa gama de princípios emanados da Constituição Federal e repercutidos nos efeitos jurídicos do reconhecimento da multiparentalidade, a discussão quanto ao tema deve concentrar-se no reconhecimento da pluriparentalidade em si, e não nos seus efeitos. Destarte, deve-se ter cautela redobrada para a sua admissão, uma vez que não pode haver qualquer forma de limitação para as suas consequências.

Nesse sentido, deve-se garantir aos sujeitos da multiparentalidade todos os direitos decorrentes da filiação, repercutindo-se no parentesco, nos direitos da personalidade, nos alimentos, na guarda e inclusive na seara sucessória, onde deve-se preservar a igualdade entre os filhos, acrescentando-se nova linha sucessória a fim de salvaguardar os direitos do novo herdeiro necessário. Por conseguinte, qualquer tentativa de limitar ou condicionar as consequências produzidas, representa flagrante violação de princípios constitucionais, além de tornar sem efeito o próprio vínculo filial admitido pela multiparentalidade, uma vez que o seu reconhecimento busca, sobretudo, que sejam estendidas as proteções jurídicas para uma determinada situação fática.

Outrossim, insta salientar que, embora deva-se garantir o direito ao acesso a origem genética, não merece guarida de nossos tribunais situações que distantes da socioafetividade buscam a geração de dinheiro no lugar do amor. Nem tão pouco permite-se que os pais biológicos possam eximirem-se de suas obrigações sob a alegação de não manterem laços socioafetivos com os seus filhos, pois se assim fosse estar-se-ia premiando a atitude de genitores irresponsáveis, bem como penalizando aqueles que reconhecendo a sua importância na formação de seus filhos buscam preservar os laços afetivos inerentes às relações filiais.

Por fim, percebe-se que o reconhecimento de novo vínculo filial, ainda não tem gerado a proteção adequada de seus efeitos pelos nossos tribunais. Trata-se de tema em constante mutação, ensejando a necessidade do aprimoramento dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para que direitos constitucionalmente assegurados não sejam tolhidos do jurisdicionado que busca proteção de determinado contexto fático originário de rearranjos familiares.

REFERÊNCIAS

- COHEN, Ana Carolina Trindade Soares; FELIX, Jéssica Mendonça. Multiparentalidade e Entidade Familiar: Fundamento Constitucional e Reflexos Jurídicos. **Caderno de Graduação Ciências Humanas e Sociais-FITS**, v. 1, n. 3, p. 23-38, 2013
- COSTA, Nelson Nery. **Constituição Federal anotada e explicada**, 5º ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro, Editora Forence, 2012
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 10º ed. rev., atual e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- FROÉS, Carla Baggio Laperuta; SANDRI, Jussara Schmitt. **A Multiparentalidade no âmbito da paternidade socioafetiva**, Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=83584fd991eed305>>, Acesso sem: 03 jul 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 6: Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional**, 4º ed. rev. e atual, São Paulo, Saraiva, 2014.
- _____. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 7: Direito das Sucessões**, 2º ed. rev. e atual, São Paulo, Saraiva, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 7: Direito das Sucessões**, 6º ed. São Paulo, Saraiva, 2012.
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**, 7º ed. rev. atual e amp, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias, 4º ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith in: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo, Saraiva/Almeria, 2013.

MESQUITA, Renata Paccola; MINGATI, Vinícius Secafen. **O Reconhecimento da pluriparentalidade e as consequências jurídicas no âmbito patrimonial e afetivo**, Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=473803f0f2ebd77d>> Acesso em: 03 jul 2015

MORAES, Maria Celina Bodin de, TEIXEIRA, Ana Caroline Brochado in: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo, Saraiva/Almeria, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Volume 5**: Direito de Família, 21º ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2013

PRETTO, Gabriela Camila et al. **Multiparentalidade**: Possibilidade Jurídica e Efeitos Sucessórios, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo, **Código Civil interpretado**, 2º ed. São Paulo, Atlas S.A, 2011

_____. **Direito Civil - Volume 6**: Direito de Família, 13º ed. São Paulo, Atlas S.A, 2013.

PARTE IV

Garantismo e sistema criminal

A PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL

Rafaela Gonçalves de Freitas¹

Área de concentração: Direito

Grupo de trabalho: Garantismo e sistema criminal

RESUMO

Um dos problemas visto atualmente na sociedade é a questão da precariedade no sistema prisional. O enfraquecimento estatal é bastante visível, visto que este não tem investimento necessário para gerar desenvolvimento dentro deste sistema; com isso, começa-se a cogitar a questão da privatização das prisões. Esta presente pesquisa tende a demonstrar como essa privatização pode ser vista dentro do sistema prisional e os possíveis benefícios que ela concebe.

Palavras-chave: *Privatização; dignidade humana; sistema prisional.*

ABSTRACT

One of the problems currently seen in society is the issue of insecurity in the prison system. The weakening state is quite visible, as this has no investment required to generate development within this system, it begins to entertain the issue of privatization of prisons. This present study tends to demonstrate how this privatization can be seen within the prison system and the possible benefits that she conceives.

Keywords: *Privatization; human dignity; prison system*

1 - INTRODUÇÃO

O direito penitenciário traz consigo grandes discussões relacionadas ao sistema prisional, uma delas é a ideia das privatizações das prisões. Atualmente, se tem visto grandes deficiências dentro do sistema prisional brasileiro, marcado pela ausência de projetos de ressocialização, superlotamento e violações de direitos fundamentais relacionados à dignidade humana.

A dignidade humana para Barroso² é um valor implícito no qual todas as pessoas são iguais e devem usufruir do mesmo tratamento igualitário.

Pretende-se compreender, portanto, a maneira de como a privatização irá intervir dentro do sistema prisional e os pontos benéficos que esta pode proporcionar tanto às pessoas que estão presas, quanto ao Estado.

2 - METODOLOGIA

Neste presente trabalho foi utilizado o método dedutivo, fundamentado por meio de artigos científicos e livros. Por meio de um procedimento claro, visa-se demonstrar os problemas que o sistema prisional está enfrentando no que diz respeito à ausência de direitos e garantias dentro do sistema prisional.

¹ - Acadêmica de Direito - 3º Período - Fateb- Faculdade de Telêmaco Borba - e-mail: rafagfw@gmail.com

² - BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 2011, p.252.

3 - HISTÓRIA DA PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO BRASIL

A história da privatização de presídios no Brasil é recente. José Laurindo Minhoto³, diz que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, recomendou a adoção do exemplo de prisões privadas pela primeira vez em 1992. Nos Estados Unidos da América a privatização surgiu nos 70 e na Inglaterra nos anos 80.

Os Estados Unidos, quando atuam sobre a privatização, conferem a penitenciária ao um ente particular, e, por conseguinte, atuam apenas como custos legis, ou seja, como fiscal da lei.

O direito penitenciário traz consigo grandes discussões relativas ao sistema prisional, como a aplicação da pena, a execução penal e a privatização das prisões. A ideia da privatização das prisões no Brasil ganhou importância na década de 90.

A falência do sistema intervencionista ocorreu quando se verificou que o Estado não conseguia ter suporte para o investimento necessário para gerar desenvolvimento; com isso, visando à diminuição de dívidas públicas, a exploração de alguns serviços, antes de função estatal, foram sendo passados às mãos da iniciativa privada.

Esse cenário de enfraquecimento do Estado começou a cogitar a questão da privatização das prisões brasileiras. Segundo Silva⁴, há a existência de algumas fórmulas básicas para a privatização desse sistema: a entrega da direção da prisão a uma associação privada, a utilização do trabalho dos presos nas prisões industriais aos particulares, a transferência da gestão íntegra dos presídios à iniciativa privada e a entrega de serviços para o setor privado, denominada de terceirização. Já Bernardo de Rosal Blasco⁵, diz que a privatização das prisões seria uma gestão plena por parte das empresas de foco privado, que desenvolvem seu trabalho visando título lucrativo, em meio tutelares ou penitenciários.

Atualmente grande problema se tem visto no sistema prisional brasileiro, como as deficiências do sistema carcerário e a insuficiência da receita do Estado. O caos do sistema carcerário brasileiro está sendo bastante visível. A mídia nos tem demonstrado isso, principalmente nas maiores cidades percebe-se que existe superpopulação, há falta de higiene, maus tratos e ausência de direitos humanos, dentro das prisões.

A intensa realidade carcerária no Brasil é marcada pela precariedade das prisões, onde há falta de cuidados médicos e de higiene, há superlotação e promiscuidade. Além desses problemas há a presente restrição da liberdade do indivíduo preso e a restrição da dignidade humana relacionada a uma série de direitos fundamentais violados.

Helcio Kronberg⁶ diz que o crime é uma situação problemática para a sociedade, visto que há danos que são gerados às vítimas e aos familiares das vítimas, tendo em vista a insegurança e o medo que estes produzem ao redor da sociedade. O presente autor citado anteriormente argumenta que a sociedade requer a recuperação daquele que cometeu o delito, para que não volte a delinquir; sendo assim a privatização vem como opção para suprir essa tal enfermidade.

A Lei nº 7.210/84 regula a execução penal e busca proporcionar condições de integração social do internado e do condenado. Ao preso deve-se garantir por parte do Estado várias assistências, como o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, isso no segmento material. Já no segmento relacionado à saúde, o Estado deve compreender o atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Na parte Jurídica, o governo deve destinar aos presos sem recursos financeiros a constituição de causídicos. No educacional, tem de se compreender a instrução escolar, e na área social, tem de se buscar amparo ao preso e a preparação deste para o retorno à liberdade.

Seguindo a disposição de diminuição da participação do Estado na provisão de serviços de utilidade pública, vários governos vêm adotando diferentes atividades mediante decisões estratégicas por meio de processos de terceirização e privatizações⁷.

3 - MINHOTO, José Laurindo. **Privatização de presídios e criminalidade: A gestão da violência no capitalismo**. São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 168

4 - SILVA, Evandro Lins E. **Privatização das prisões**. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, de 04 de abril de 1992.

5 - BLASCO, Bernardo del Rosal. **As prisões privadas: um novo modelo em uma nova concepção sobre a execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 665, 1991. p. 245.

6 - KRONBERG, Hélcio. **Crime - O quarto setor**. São Paulo, Hemus, 2006.

7 - GUASCH, J. L. **Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right**. Washington DC: World Bank Institute. 2004.

O sistema prisional brasileiro está marcado por deficiências que produzem em si uma quantidade ampla de infratores reincidentes. A ausência de projetos de ressocialização, o superlotamento dos estabelecimentos prisionais e a precariedade dos presídios demonstram uma queda no atual sistema penitenciário do Brasil.

4 - DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana, assim como nas demais áreas do Direito, deve estar presente no direito penal. Mundialmente existem várias garantias dos direitos humanos, presentes em diversos regulamentos legais, que preveem preceitos para o tratamento dos presos.

A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, trata das garantias do cidadão. Segundo esse artigo, o sentenciado deve conservar todos os direitos que não foram englobados na sentença condenatória. Já a Lei de Execuções Penais, nº 7.210/84, estabelece alguns direitos dos presos, como: a previdência social, o trabalho e sua remuneração, o exercício de atividades intelectuais, artísticas e profissionais; a assistência material, jurídica, educacional, social e religiosa. Também traz consigo a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo e a proteção da integridade física, moral e psíquica.

O entendimento da dignidade humana emana-se de um processo de racionalização, mantendo-se, no entanto, a perspectiva da noção fundamental da igualdade e liberdade de todos os homens.

A precariedade do sistema prisional acontece em vista do crescimento acelerado da população carcerária e o conseqüente aumento dos conflitos originados das condições precárias de vida nas prisões superlotadas. Isso faz com que haja a ausência de diversos direitos às pessoas presas, inclusive a ausência dos direitos fundamentais e a dignidade humana.

A dignidade humana, para Barroso⁸, é o valor subjacente ao grande mandamento de raiz religiosa. Todas as pessoas são iguais e devem ter o tratamento igualitário e digno.

Já a dignidade, na visão de Immanuel Kant⁹, tem por alicerce a autonomia.

Morsh¹⁰ afirma que o Estado enfrenta problemas em instituir a ressocialização do apenado, pelas condições precárias dos presídios e pela falta de estrutura adequada dentro destes.

D'Urso¹¹ diz que a privatização prisional seria o consentimento da participação da sociedade frente a uma iniciativa privada, que viria a colaborar com o Estado nessas unidades prisionais.

César Barros Leal¹² defende a privatização sob o prisma de que é preciso assistir o preso e dar trabalho a este. É necessário a autossuficiência dos presídios e o reconhecimento do dever social e da dignidade humana.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema prisional brasileiro tem sofrido grandes problemas, principalmente nas cidades de maior população, onde se veem problemas mais graves, como a superlotação, a falta de higiene, os maus tratos e principalmente a ausência de direitos humanos.

A intensa realidade fez com que surgisse a opção de privatizar o sistema prisional. Segundo Silva, há vários requisitos para que se possa privatizar esse sistema: a entrega da direção da prisão a uma associação de base privada, a entrega de serviços para o setor privado, a utilização do trabalho dos presos nas prisões industriais aos particulares e entre outros.

O sistema prisional passa por grandes dificuldades e uma possível solução para elas seria a privatização, visto que o Estado atualmente não está conseguindo cumprir sua função dentro desse sistema. Mas vale ressaltar que dentro dessa privatização, o Estado tem o dever de dar garantias e direitos às pessoas que

8 - BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2011, p.252.

9 - KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. 2007, p. 79.

10 - MORSE, Carlos Eduardo. *O sistema prisional e as parcerias público-privadas*. Trabalho de Conclusão de Curso. Direito - Universidade Federal de Santa Maria - RS. 2009.

11 - D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Direito criminal na atualidade*. São Paulo: Atlas, 1999.

12 - LEAL, César Barros. *Prisão: Crepúsculo de uma era*. 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2001

estão dentro do sistema prisional, visando sempre oferecer garantias dignas para o tratamento dos presos.

Pode-se concluir que só assim se poderá ver uma possível solução para os problemas vivenciados dentro do sistema prisional brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Versão provisória para debate público. Rio de Janeiro, Dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 13/07/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo, 2011.

BLASCO, Bernardo del Rosal. **As prisões privadas: um novo modelo em uma nova concepção sobre a execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais nº 665, 1991.

CABRAL, Sandro; LAZZARIN, Sergio G. **Impactos da participação privada no sistema prisional: evidências a partir da terceirização de prisões no Paraná.** RAC, Curitiba, v.14, n.3, PP395- 413. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rac/v14n3/v14n3a02?hc_location=ufi>. Acesso em: 13/07/2015.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade.** São Paulo: Atlas, 1999.

GUASCH, J. L. **Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right.** Washington DC: World Bank Institute, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes,** 2007.

KRONBERG, Hércio. **Crime - O quarto setor.** São Paulo, Hemus, 2006.

LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma era.** 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

MINHOTO, José Laurindo. **Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo.** São Paulo, Max Limonad, 2000.

MORSCH, Carlos Eduardo. **O sistema prisional e as parcerias público-privadas.** Trabalho de Conclusão de Curso. Direito - Universidade Federal de Santa Maria – RS, 2009.

NETO, Francisco Gelinski; FRANZ, Giovane. **A crise carcerária e a privatização do sistema prisional.** Santa Catarina. Disponível em: <http://www.apec.unesc.net/V_EEC/sessoes_tematicas/Temas%20Especiais/A%20CRISE%20CARCER%C3%81RIA%20E%20A%20PRIVATIZA%C3%87%C3%83O%20DO%20SISTEMA%20PRISIONAL.pdf>. Acesso em: 13/07/2015.

Silva, André Ricardo Dias. **A privatização de presídios como mecanismo garante dos direitos fundamentais constitucionais na execução penal: uma tendência factível ou falaciosa.** Direito Net, 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5667/A-privatizacao-de-presidios-como-mecanismo-garante-dos-direitos-fundamentais-constitucionais-na-execucao-penal-uma-tendencia-factivel-ou-falaciosa>>. Acesso em: 13/07/2015.

SILVA, Evandro Lins. E. **Privatização das prisões.** Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 04 de abril de 1992.

SILVA, Luzia Gomes. **Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional.** Conteúdo jurídico, 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,analise-historica-do-sistema-penitenciario-subsidios-para-a-busca-de-alternativas-a-humanizacao-do-sistema-pri,40751.html>>. Acesso em: 13/07/2015.

TOLERÂNCIA ZERO: MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL PARA O BRASIL?

Rodrigo Sautchuk¹

Maicon Jose de Oliveira²

Lara Tinoco de Souza³

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Garantismo e sistema criminal

RESUMO

O presente artigo é uma análise crítica acerca da Teoria das Janelas Quebradas, proposta em meados dos anos 80 por James Wilson e George Kelling e, que, ganhou expressiva notoriedade quando seus fundamentos foram colocados em prática no programa de política criminal “Tolerância Zero”, implementado por Rudolf Giuliani quando prefeito de Nova Iorque. A partir dos apontamentos dos postulados desta teoria e do exame dos resultados alcançados com a “Tolerância Zero” nos Estados Unidos, serão indicados os pontos falhos e proveitosos dessa política criminal, cujos preceitos, repita-se, vêm da Teoria das Janelas Quebradas. Por ulterior, se vislumbrará a viabilidade de se adotar política semelhante no Brasil, concluindo-se pela sua viabilidade ou não.

Palavras-chave: teoria das Janelas Quebradas; Tolerância Zero; Política criminal; Criminalidade.

ABSTRACT

This article is a critical analysis about the Theory of Broken Windows, proposed in the mid-80s by James Wilson and George Kelling and that gained significant notoriety when its foundations were put in place in the criminal policy program “Zero Tolerance” implemented by Rudolf Giuliani as mayor of New Iorque. A from the notes of the postulates of this theory and examining the results achieved with the “Zero Tolerance” in the United States, shall be appointed flawed and useful points of this criminal policy, whose precepts, repeat, come from the Broken Windows Theory. For further if glimpsed the feasibility of adopting similar policy in Brazil, concluding by its viability or not.

Keywords: Theory of Broken Windows, Zero Tolerance, criminal policy, crime.

1 - INTRODUÇÃO

Na atual conjuntura do Brasil, onde os cidadãos se encontram cerceados pela criminalidade, que há muito tempo deixou de ser um problema isolado, presente apenas nos becos e favelas, mas que se banalizou, expandindo-se nos centros urbanos, resgata-se o Direito Penal como solução dos conflitos sociais.

Clama-se por medidas de socorro no sentido de eliminarse ou, ao menos, aliviar-se o fardo que se encontra na economia psíquica do cidadão comum, iniciando-se um verdadeiro processo de caça às bru-

1 - Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal. Professor de Criminologia e Processo Penal na Faculdade de Telêmaco Borba-FATEB e advogado

2 - Especialista em Processo Civil pela UNIPAR. Especialista em Processo Penal pelo Cescage. Graduado em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (UNIFOZ). Funcionário Público Federal.

3 - Especialista em Filosofia do Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Graduada em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (UNIFOZ). Advogada.

xas, tal qual a realidade da Idade das Trevas, descrita por Cesare Beccaria na obra *Dos Delitos e das Penas*, justificando-se barbáries tão cruéis quanto àquelas assinaladas em *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault.

A mídia alimenta a sua audiência com o discurso do ódio, criando inimigos da sociedade, rotulando pessoas e grupos sociais e enaltecendo o Direito Penal Máximo, o discurso vazio de Lei e Ordem⁴.

Atônito, o cidadão de bem sofre as consequências desta invasão em seu psiquismo, sem atentar, no entanto, que a origem da violência se encontra no âmago do Poder Estatal, que é promovedor deste estado de sobressalto em que se vive.

O Estado burocrático, paquidêmico, corrupto, protege a elite financeira, econômica, política, ao mesmo tempo em que promove o medo e a divisão entre os não aquinhoados com tal sorte, já que estes não dispõem do aparato protetivo que a mão visível ou invisível do Estado estende aos seus apaniguados.

Deste modo, o Estado omisso com a sua obrigação de garantir condições minimamente dignas ao povo, bebe do discurso vingativo-punitivo propagado pelos órgãos de imprensa, no afã de calar seu povo oprimido, apresentando propostas mirabolantes de hipertrofia do Direito Penal (redução da maioria penal, novos tipos penais incriminadores, penas severas e injustificadas, políticas criminais de exclusão social, etc.).

Nesse cenário, a Criminologia⁵ destaca-se como uma ciência que possibilita uma melhor compreensão sobre o fenômeno criminal, eis que através de um estudo sistêmico – mediante a análise da sociedade, do delito, do delinquente e dos crimes –, oferece substrato para a criação de políticas públicas e criminais percucientes, bem como, consegue nortear a aplicação do Direito Penal. Assim destaca Garcia Pablos Molina⁶:

Um Direito Penal distanciado da investigação criminológica, sem respaldo empírico, vira as costas à realidade – a despreza – com os riscos que uma atitude ignorante ou arrogante de tal natureza comporta: converte-se em pretexto de um mero decisionismo, em vistosa roupagem de um Genoíno despotismo não ilustrado.

A Criminologia não é a solução de todos os problemas, especialmente porque ela é interdisciplinar e necessita transitar por outras ciências para se aperfeiçoar, mas indubitavelmente é o ponto de partida para se enfrentar a criminalidade.

Ademais, quando a delinquência atinge índices elevados e a situação (aparentemente) não apresenta saída, é prática comum no Brasil a implantação de medidas “emprestadas” de outros países, reproduções daquelas já experimentadas em outras sociedades, a fim de se buscar resultados imediatos.

Destarte, ao procurar métodos ideais para elaborar uma eficaz política criminal de combate/controlar da delinquência, é recorrente a lembrança da Política de Tolerância Zero, fundamentada na Teoria das Janelas Quebradas, que, em breve intróito, representa a solução dos problemas enquanto ainda pequenos.

É utopia (senão ignorância!) conferir ao Direito Penal a responsabilidade de coibir ou diminuir a violência, muito embora o discurso vingativo-punitivo, através da aplicação da pena é a máxima nos meios de comunicação, discurso assimilado pela maioria da população. Evidente, portanto, que “A criminalidade não pode ser reconhecida meramente no referente jurídico”⁷, apresentando-se a Criminologia como uma Ciência muito mais ampla, que permite entender as causas e os efeitos dos crimes, trazendo importante referencial para eventuais políticas públicas percucientes.

4 - GRECO, Rogério. Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal. 4ª. ed. Niterói, RJ: Ímpetus, 2009. p. 12.: A mídia, no final do século passado e início do atual foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados.

5 - Acerca da construção teórica da Criminologia, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel Da Costa Andrade destacam que O termo Criminologia terá sido utilizado pela primeira vez, há pouco mais de um século (1879), pelo antropólogo francês Topinard. Foi, por outro lado, em 1885 que ele apareceu como título duma obra científica: a Criminologia de Garófalo. É em nome destes eventos e doutros análogos (significativamente situados no período em que os modelos positivistas triunfavam nas ciências e se expandiam à filosofia e à cultura em geral) que alguns autores tendem a fazer coincidir as origens da criminologia como ciência com a escola positiva. (dias e andrade (1984, p. 04-05).

6 - GARCIA-PABLO DE MOLINA, Antonio. O que é Criminologia?; tradução Danilo Cymrot. 1ª. ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2013. P:17

7 - BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. Introdução ao Direito Penal, fundamentos para um sistema penal democrático. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2003. p. 13.

A Teoria das Janelas Quebradas ficou mundialmente conhecida quando Rudolph Giuliani, então prefeito de Nova Iorque, adotou na política criminal de seu governo os preceitos da referida teoria, consolidando o programa “Tolerância Zero”. O programa aplicado por Giuliani apresentou índices altamente satisfatórios no combate à criminalidade, embora tais índices sejam muito controversos, conforme se verá adiante.

Os fundamentos dessa teoria são muito discrepantes das demais correntes filosóficas da criminologia e, a despeito de seus defensores se prestarem de uma série de estatísticas que, em tese, corroboram a sua eficácia, essa doutrina é fartamente rechaçada entre os criminólogos.

Isto porque os dados estatísticos aparentemente satisfatórios, tão difundidos na política criminal adotada em Nova Iorque, são por demais questionáveis. Ainda assim, em decorrência da banalização do crime no Brasil, a Teoria das Janelas Quebradas, através do exemplo da “Tolerância Zero”, não pode ser descartada, como uma alternativa para amenizar a situação degradante da violência, sem antes se proceder a uma análise minuciosa de seus fundamentos e da realidade nacional.

Contudo, para que não seja adotada no Brasil uma medida meramente modista, mormente paliativa (como acontece com várias “soluções” sociais implementadas no Brasil e que não apresentam o resultado esperado), é preciso estudar com muito cuidado os reflexos que uma política criminal como a “Tolerância Zero” pode gerar na sociedade brasileira. Logo, é imprescindível entender as origens, os princípios e os fundamentos da Teoria das Janelas Quebradas, os quais serão apresentados a seguir, juntamente com os possíveis “efeitos colaterais” que uma medida como esta pode provocar.

2 - TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

Ab initio, antes de se proceder ao estudo da política criminal denominada Tolerância Zero, mister conhecer os fundamentos que a permeiam e que se encontram assentados na Teoria das Janelas Quebradas.

A Teoria das Janelas Quebradas foi apresentada por dois criminologistas da Universidade de Harvard, James Wilson e George Kelling que, no mês de março de 1982, publicaram o artigo *Broken Windows Theory*. Ela baseia-se num experimento realizado por Philip Zimbardo, psicólogo da Universidade de Stanford e consistia no seguinte: um automóvel foi deixado em um bairro de classe alta de Palo Alto, Califórnia, Estados Unidos. Durante a primeira semana de teste, o carro não foi danificado. No entanto, passado algum tempo e após o próprio pesquisador quebrar uma das janelas, o carro foi completamente destruído e, posteriormente, teve suas peças roubadas por grupos vândalos. Isso tudo em poucas horas.

Evidente, portanto, que o artigo de Wilson e Kelling foi batizado de Teoria das Janelas Quebradas tendo em vista a atitude do pesquisador que, deixando um veículo exposto num beco, com as janelas quebradas, incitou que terminassem de avariar o mesmo automóvel “abandonado”.

As janelas quebradas são uma analogia aos pequenos delitos e a conclusão obtida pelo pesquisador foi de que os crimes de pequeno potencial ofensivo devem ser veementemente reprimidos, a fim de se evitar que a banalização dos crimes gere uma violência mais aguda. Da mesma forma, coibir contravenções representaria um desestímulo para que novas pessoas entrem para o mundo da criminalidade.

Nessa época, Kelling que era assessor da polícia de Boston tentou colocar em prática os preceitos da Teoria das Janelas Quebradas. Entretanto, a política de prevenir os pequenos delitos não foi colocada à prova, uma vez que uma redução orçamentária na prefeitura de Boston veio a inviabilizar a implantação de uma política criminal pautada na aludida teoria.

Após a publicação do artigo de Wilson e Kelling, outros pesquisadores aventuraram-se no estudo da Teoria das Janelas Quebradas. O professor gaúcho Thiago Nacasato lembra que no ano de 1990 Wesley Skogan, professor da Universidade Northwestern de Ciências Políticas, com uma pesquisa nominada *Disorder and decline: crime and the spiral of decay in America neighborhoods* (Desordem e Declínio: o crime e a espiral de decadência nas comunidades americanas), em que estudou treze mil pessoas, residentes em bairros das cidades de Atlanta, Chicago, Houston, Filadélfia, Newark e São Francisco, concluiu que:

a relação de causalidade entre desordem e criminalidade era mais forte do que a relação entre criminalidade e outras características encontradas em determinadas comunidades, tais como a pobreza ou o fato de a comunidade abrigar uma minoria racial. Esta conclusão é de fundamental importância, especialmente diante da afirmação, sempre repetida e jamais comprovada, de que a principal causa da criminalidade reside nas injustiças sociais, desemprego, pobreza, falta de oportunidades, etc.

Nesse mesmo ano, em 1990, surgiu uma nova oportunidade para Kelling experimentar suas ideias. Lideradas por Kelling e Wilson Bratton, a polícia de Nova Iorque começou a punir rigorosamente os pequenos delitos e a desordem que tomava conta das estações de metrô de Nova Iorque. Desde vadios a mendigos, pichadores a desordeiros eram alvos da polícia nova-iorquina.

Após a repercussão geral da política criminal adotada em Nova Iorque, Kelling, juntamente com Catherine Coles, em 1996, concluiu sua pesquisa acerca da Teoria das Janelas Quebradas, cujo estudo restou consignado no artigo *Fixing broken windows – restoring order and reducing crimes in our communities* (Consertando as janelas quebradas – restaurando a ordem e reduzindo o crime em nossas comunidades).

3 - TOLERÂNCIA ZERO EM NOVA IORQUE

Conforme foi apresentado anteriormente, os fundamentos da Teoria das Janelas Quebradas foram postos em prática no ano de 1994, na cidade de Nova Iorque, quando Rudolph Giuliani era prefeito da cidade. Conforme destaca Benoni Belli⁸, no artigo intitulado *Polícia, Tolerância Zero e Exclusão*, foi naquele ano que “o prefeito Giuliani alçou o então chefe da polícia de trânsito, William Bratton, ao posto de Comissário de Polícia da cidade”.

O momento vivenciado pela população nova iorquina era caótico. A cidade detinha um dos piores índices de criminalidade dos Estados Unidos. A política criminal idealizada sob a ótica da Teoria das Janelas Quebradas não se lastreava unicamente no combate aos pequenos delitos, mas demandou uma reestruturação total dos métodos estratégicos da polícia de Nova Iorque. Nesse sentido, Benoni Belli⁹, ressalta que:

A primeira grande medida, além do aumento do contingente e a injeção de recursos na compra de novos equipamentos, foi a descentralização. A estrutura altamente hierárquica, em que os chefes de delegacias só faziam o que lhes era demandado pelo Comissariado, foi radicalmente modificada. Cada delegacia passou a funcionar com mais autonomia, com mais responsabilidade, mas também com a clara obrigação de prestar contas regularmente dos resultados alcançados.

Concomitantemente à mudança estratégica e à modernização do aparato policial, passou-se a valorizar a profissão do policial, merecedor das mais variadas premiações por resultados satisfatoriamente alcançados.

Criou-se também um sistema de estatísticas da criminalidade, denominado de *Compstat* (Comprehensive Computer Statistics), cujo objetivo era conhecer as áreas mais problemáticas da cidade para definir um plano de ação eficaz e, posteriormente, proceder à análise dos resultados mediante o resultado estatístico apresentado.

Outro ponto estratégico adotado foi o policiamento comunitário através do *foot patrol* (patrulhamento a pé), baseado na obra *Community-based policing and foot patrol: issues of theory and evaluation* (Policiamento baseado na comunidade e patrulhamento a pé: questões teóricas e de avaliação), de Greene & Taylor, segundo os quais:

8 - BELLI, Benoni. *Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão*. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/artigos/dialogando/benoni.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2015.
9 - BELLI, Benoni. *Idem*.

o patrulhamento a pé, nas atividades de manutenção da ordem pública, seria mais efetivo que o patrulhamento motorizado, isso por várias razões da parte dos agentes de segurança pública: (i) eles passam a estar familiarizados com os membros da comunidade, suas regras e “jeito de viver”, (ii) entenderiam o tipo de intervenção desejada pelos membros da comunidade para resolução de problemas, já que estariam perto deles e (iii) passam a poder distinguir, claramente, entre a população local e estranhos¹⁰.

Assim, através dessa prática, policiais conviviam diariamente com as comunidades dos bairros e passaram a se integrar com as pessoas que ali residiam. Através dessa relação, a comunidade passou a se engajar com os policiais na luta contra a criminalidade, contribuindo diretamente para as ações desses agentes públicos. Como dizia Bretton, os policiais comunitários podem identificar as preocupações da comunidade e, algumas vezes, prevenir o crime simplesmente com a sua presença física.

Mas a principal arma da Política da Tolerância Zero continuava sendo o combate aos crimes de pequeno potencial ofensivo. As estações de metrô de Nova Iorque ganharam nova roupagem durante o mandato de Rudolph Giuliani. Pichadores, mendigos e baderneiros foram retirados das ruas.

O segundo alvo foram os lavadores de pára-brisas, que se dividiam nas esquinas da cidade e os sem-teto, que moravam sob as pontes de Williamsburg e do Brooklyn. Desde prostitutas até alunos que “matavam” aulas, todos eram alvos da polícia de Nova Iorque.

Para se ter uma ideia dos resultados alcançados pela política criminal da Tolerância Zero, “entre 1994 e 1998, os crimes violentos em Nova York foram reduzidos em 38%, sendo que somente os homicídios sofreram declínio de 51%”.¹¹

Obviamente que, diante desses resultados numéricos expressivos alcançados em Nova Iorque, que era uma das cidades com maiores índices de criminalidade dos Estados Unidos e passou a ser referência de segurança pública, parece que o objetivo proposto inicialmente, em sede de introdução, está evidente: a Política de Tolerância Zero é a solução para os problemas no Brasil! Mas será isso mesmo?

4 - A OUTRA FACE DA TOLERÂNCIA ZERO

É sabido que uma conclusão segura só é alcançada depois de uma análise detida, sobretudo sistêmica, daquilo que se é proposto a estudar. Outrossim, não se pode olvidar jamais que o Direito não se trata de uma ciência exata, portanto, proceder à análise apenas de números e estatísticas parece um equívoco.

Isso significa que a aparente eficácia da Tolerância Zero não pode ganhar amparo, unicamente, nos resultados numéricos apresentados. Para que se possa vislumbrar a viabilidade (ou não) da política criminal da intolerância no Brasil é preciso que também se conheça a sua faceta obscura.

Uma das estratégias adotadas em Nova Iorque, quando da implantação da Tolerância Zero, foi a descentralização das delegacias que, estimuladas pelas premiações diante de bons resultados alcançados, gerou uma competitividade entre os distritos policiais e muitos relatórios foram maquiados, razão pela qual os índices apresentados não podem ser tidos como verdade absoluta, eis que muitos desses índices carecem de verossimilhança.

E por mais que se diga que esses índices ainda merecem crédito, vale lembrar que todos os Estados americanos apresentaram diminuição na criminalidade.

Christian Parenti, criminologista citado por Benoni Belli¹², pontua um conjunto de fatores que foram determinantes para essa significativa redução, quais sejam:

a diminuição do número de jovens (que constituem a maioria dos delinquentes); a queda acentuada na taxa de desemprego; a estabilização e exaustão do mercado de

10 - Greene, J.R., e Taylor, R.B. (1988). Community Based Policing and Foot Patrol: Issues of Theory and Evaluation em Community Policing: Rhetoric or Reality. New Yor, N.Y: Praeger in DANTAS, George Felipe de Lima. Em busca de um modelo de gestão da segurança pública: policiamento comunitário. Disponível em: <<http://www.upis.br/nusp/downloads/nusp10.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

11 - BELLI, Benoni. Idem.

12 - BELLI, Benoni. Idem.

“crack”; relatórios falsos de policiais sobre a ocorrência de delitos; e até os invernos mais rigorosos.

Portanto, as estatísticas que fomentam a propaganda de Rudolph Giuliani acerca de sua política criminal, além de indiscutivelmente evasivas, não teriam sido frutos da intolerância criminal. Os questionamentos ressaltados por Benoni Belli¹³ corroboram tal afirmativa:

a) os índices de criminalidade de NY estavam em queda havia três anos quando Giuliani iniciou seu mandato, não sendo portanto uma fato totalmente novo; b) a baixa nos índices de criminalidade foi um fenômeno observado no país inteiro, e não privilégio de Nova York; c) índices semelhantes aos alcançados em Nova York foram obtidos em várias cidades sem que se tenha feito uso de táticas do tipo tolerância zero. De acordo com dados coletados pelo criminologista Alfred Blumstein da Universidade Carnegie Mellon de Pittsburgh (EUA), de 1991 a 1998 a taxa de homicídios caiu 76,4 % em San Diego, 70,6% em Nova York e 69,3% em Boston. O curioso é que as três cidades empregaram estratégias bem diferentes. Enquanto Nova York enfatizou as políticas de “tolerância zero”, San Diego foi pioneira no policiamento comunitário e Boston procurou envolver líderes religiosos na prevenção de crimes. Outras cidades importantes também tiveram quedas acentuadas na taxas de homicídios no mesmo período sem que qualquer estratégia coerente tenha sido implementada: 61,3% em Houston, 59,3% em Los Angeles e 52,4% em Dallas.

Não bastasse isso, os efeitos colaterais produzidos em Nova Iorque rechaçam o sucesso desse modelo de política criminal. Muitos policiais, na sede de coibir rigorosamente todo e qualquer delito, confundiam os preceitos da Teoria das Janelas Quebradas com o abuso policial.

Urge destacar que no período compreendido entre o ano de 1994 e 1998, conforme asseverado por Benoni Belli¹⁴, “constatou-se um aumento de cerca de 62% no número de queixas de brutalidade policial encaminhadas à Junta de Revisão de Queixas da cidade (‘Civilian Complaint Review Board’)”.

Para exemplificar o problema, o referido autor destaca dois casos célebres. O primeiro aconteceu com Abner Louima, um jovem que foi internado com hemorragia interna após ser agredido por policiais de Nova Iorque. O segundo acontecimento sucedeu-se com Amadou Diallo, que após 41 disparos de arma de fogo foi atingido por 19 projéteis e morreu no hall de entrada do prédio onde morava.

Ademais, a grande maioria dos abusos da polícia de Nova Iorque foi suportada por negros e latinos, numa evidente demonstração de racismo e xenofobia. Loïc Wacquant, renomado sociólogo, referenciado no artigo de Benoni Belli, destacou uma pesquisa publicada pelo jornal New York Daily, que dava conta que 80% dos jovens negros e latinos da cidade já haviam sido presos ou revistados pelo menos uma vez pelas forças de segurança.

A intolerância criminal apresentou outro problema crônico para Rudolph Giuliani: o inchaço da população carcerária. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Edward Rocha de Carvalho asseveraram que: “Em Nova York, a iniciativa produziu de 40 a 85 mil (dependendo da estatística) novas prisões - pelas tais infrações menores - no período de 1994 a 1998”.

É verdade também que esse fato não foi privilégio de Nova Iorque, pois praticamente em todos os estados norte-americanos houve um acentuado aumento do número de presidiários.

Frise-se que o aumento da população carcerária serviu para maquiagem outro problema então vivenciado em Nova Iorque, o desemprego. Ora, quem antes fazia parte das estatísticas dos desempregados, foi deslocado para outros grupos e tornaram-se dígitos dos encarcerados.

Oportuno destacar que nem todas as estatísticas norte-americanas são favoráveis. Segundo Wacquant¹⁵, a cidade de Nova Iorque detém índices de homicídio muito superiores àqueles registrados na Europa. O renomado sociólogo aponta que:

13 - Ibidem.

14 - Ibidem

15 - WACQUANT, Loïc. *Dissecando a “tolerância zero”*. Disponível em: <http://diploma.uol.com.br/2002-06,a336>. Acesso em: 10 jul. 2015.

com dez assassinatos por 100 mil habitantes no início da década passada, e seis por 100 mil hoje, seu índice de homicídios continua seis vezes superior ao da França, da Alemanha e da Grã-Bretanha. Os Estados Unidos, portanto, têm um problema específico de violência mortal por arma de fogo, fortemente concentrado nos guetos urbanos. Essa violência está ligada, por um lado, à posse de uns 200 milhões de fuzis e pistolas (quatro milhões de norte-americanos portam armas normalmente), e por outro lado ao enraizamento da economia ilegal de rua nos bairros desfavorecidos das metrópoles.

Por fim, cumpre registrar que a política criminal da Tolerância Zero, imbuída no combate aos pequenos delitos, ignorava os problemas sociais de Nova Iorque. Todos aqueles mendigos e sem-tetos recolhidos das ruas eram encaminhados aos abrigos municipais e, lá permanecendo, deveriam trabalhar mediante uma irrisória remuneração.

Quem retornasse às ruas, estava passível de ser preso. Enfim, funcionava a retrógrada ideia de Direito Penal máximo e Direito Social mínimo.

3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um lado, números extremamente satisfatórios supostamente corroboram o êxito da Tolerância Zero. De outro, ações rigorosas por demais, demonstram total desapego a programas sociais. O crime era punido com rispidez, contudo, não existia uma política de profilaxia.

O que se vê é muito marketing e pouca eficiência. A Tolerância Zero não passa de uma pseudo-solução, com efeitos colaterais drásticos.

É uma política criminal de exclusão social que se resume no encarceramento daqueles cidadãos colocados à margem da sociedade.

A pena é o principal instrumento da Tolerância Zero; contudo, é adotada apenas do caráter retributivo, punitivo. Não se busca a ressocialização do indivíduo, que é tido como um câncer que deve ser extirpado a qualquer custo.

Em pleno século XXI, não se pode esquecer que a pena, como já dizia Michel Foucault, é muito mais que um método punitivo, mas lhe é inerente um caráter amplamente social que visa reconduzir o cidadão ao caminho do bem. Repita-se: a ressocialização deve ser regra.

Não obstante os inúmeros problemas apresentados pela Política da Tolerância Zero, certamente essa política criminal tem algum êxito no combate à criminalidade, pois os comportamentos desviantes devem ter a devida reprimenda legal. Mas se ela não for aplicada juntamente com políticas sociais, que visam a impedir o crime e ressocializar o cidadão, é apenas mais uma medida dentre tantas que passou em branco.

Portanto, a aplicabilidade de algumas estratégias da política da Tolerância Zero, tal como a modernização do aparato policial, a valorização dos recursos humanos e o sistema de patrulhamento a pé, devem sim ser observados com atenção; contudo, tais medidas devem pautar-se, sobretudo, pela razoabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, trad. de Juarez Cirino dos Santos, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BELLI, Benoni. **Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão**. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/artigos/dialogando/benoni.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2015.
- CARVALHO, Edward Rocha de. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?** Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/54545/>> Acesso em: 10 jul. 2015.
- CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**; tradução Eliana Granja. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- DANTAS, George Felipe de Lima. **Em busca de um modelo de gestão da segurança pública: policiamento comunitário**. Disponível em: <<http://www.upis.br/nusp/downloads/nusp10.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. Editora Revista dos Tribunais.
- FOCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Traduzido por Raquel Ramalhe. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA. **O que é Criminologia?**; tradução Danilo Cymrot. 1ª. ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2013
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MADEIRA, Lígia Mori. **O retorno da cidade como objeto de estudo da sociologia do crime**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222003000100014 . Acesso em: 10 jul. 2015.
- MAÍLO, Alfonso Serrano. **Introdução à Criminologia**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- RUBIN, Daniel Sperb. **Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730>>. Acesso em: 10 jul. 2015.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- WACQUANT, Loïc. **Dissecando a “tolerância zero”**. Disponível em: <<http://diplo.uol.com.br/2002-06,a336>>. Acesso em: 10 jul. 2015.
- WENDEL, Travis. CURTIS, Ric. **Tolerância zero – A má interpretação dos resultados**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832002000200012&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em: 10 jul. 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**; tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

PARTE V

Relações de trabalho e globalização

O SISTEMA DA LIVRE DISPENSA DO EMPREGADO E SEUS EFEITOS AO EMPREGADO: UMA INTERPRETAÇÃO À LUZ DO ATUAL CENÁRIO LEGISLATIVO

Édina Maria Machado de Mello¹

Joelma Ocanha Almeida²

Área de Concentração: Direito

Grupo de Trabalho: Relações de trabalho e globalização

RESUMO

O presente trabalho aborda a discussão acerca do sistema da livre dispensa do empregado, em oposição ao princípio da dignidade humana do trabalhador e as disposições da Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho. Buscando avaliar a viabilidade da sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro frente aos efeitos negativos da despedida imotivada aos valores intrínsecos do empregado. Com especial enfoque na compatibilidade de tal tutela com o princípio protetivo sob o qual se funda o Direito do Trabalho, referendando garantia fundamental albergada pela Constituição Federal. Para tanto, remete-se, ainda, a análise da deficiência na legislação trabalhista pátria no que tange à proteção e efetividade do princípio da continuidade da relação de emprego.

Palavras-chave: Continuidade do contrato de trabalho; preservação do emprego; sistema da livre dispensa; convenção nº. 158 da OIT; princípio da dignidade humana do trabalhador.

ABSTRACT

The present work addresses the discussion around the unimpeded dismissal of employees system, in opposition to the principle of the labour human dignity and its dispositions in the Convention n. 158 from the International Labour Organization. Seeking measuring the viability of its application in the brazilian legal order, in face of the negative effects that the causeless farewell to the intrinsic values of the employee. Using special focus in the compability of such ward with the protective principle, which is founded under the Labour Law, countersigning the fundamental assurance embraced by the Federal Constitution. For that so reference is made, yet, to the analysis of the flaws in the nation labour legislation regarding the protection and efectiveness to the principle of the continuity of the employment relationship.

Key-words: continuity of employment, preserving jobs, free dispensing system, Convention n. 158 from the OIT, principle of human dignity of the worker.

1 - INTRODUÇÃO

O direito ao trabalho enquanto direito fundamental, de acordo com expressa previsão da Constituição Federal, preconiza a integral proteção à continuidade do vínculo de emprego, visando oferecer respaldo ao empregado admitido a prazo indeterminado, contra a dispensa imotivada, a fim de não submetê-lo, enquanto hipossuficiente na relação de trabalho, ao livre arbítrio do empregador.

A legislação trabalhista oferece proteção à conservação da relação de emprego por tempo indeterminado, com fundamento, especialmente no princípio da continuidade do vínculo empregatício.

1 - Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e professora na Faculdade de Telêmaco Borba- FATEB – e-mail: edinamachado@gmail.com

2 - Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba – e-mail: joelmaocanha@hotmail.com

Referido princípio estabelece que “a regra presumida é a de que os contratos sejam pactuados por prazo indeterminado, passando o obreiro a integrar a estrutura da empresa de forma permanente, somente por exceção admitindo-se o contrato por prazo determinado ou a termo.”³

No mesmo sentido, a Constituição Federal, promulgada em 1988, oferece proteção ao trabalhador contra a dispensa arbitrária, conforme estabelece o artigo 7º, inciso I, que dispõe que aos trabalhadores urbanos e rurais garante-se “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...]”⁴

Nesse sentido, a Organização Internacional do Trabalho efetivou, por meio da Convenção n.º 158, a proteção à relação de emprego contra a dispensa imotivada, sendo que, no Brasil, tal Convenção, apesar de ratificada, foi denunciada, mantendo-se o sistema da livre dispensa.

É certo, no entanto, que a relação empregatícia e, por conseguinte, a sua terminação transcende o interesse particular das partes para alcançar posição de relevância social, visto que relaciona-se diretamente com o problema do desemprego e seus efeitos na coletividade.

Por tal razão, o legislador constituinte tratou de incluir a matéria nas garantias mínimas que assistem a todos os trabalhadores empregados, visando assim, além de preservar o direito ao trabalho individualmente considerado, oferecer guarida ao valor social do trabalho.

Trata-se, portanto, de questão que atinge o empregado, além do âmbito patrimonial, intrinsecamente, tolhendo-lhe, e à sua família, o direito a uma existência digna e estável, por privá-los, por vezes, a satisfação de suas necessidades básicas e indispensáveis.

Apesar de o prejuízo de caráter moral ser imensurável, e, portanto, impossível de ser integralmente reparado, estabeleceu o legislador constituinte indenização pecuniária compensatória ao empregador dispensado sem justa causa ou arbitrariamente, atribuindo a sua regulamentação à futura lei complementar a ser editada.

No entanto, até a data de hoje, aludida lei, que poria fim, em definitivo, aos conflitos oriundos de tais circunstâncias, não foi editada, havendo, tão somente, garantia criada pela Lei n.º 5.107/66, ampliada pelo Ato das disposições constitucionais transitórias no seu artigo 10, para 40% (quarenta por cento) dos valores depositados em conta vinculada do empregado a título de Fundo de Garantia por tempo de serviço. Tais circunstâncias fazem parecer inócua a garantia estabelecida pelo artigo 170 da Constituição Federal, segundo o qual a ordem econômica objetiva proporcionar a todos existência digna, em observância aos ditames da justiça social.

Tais circunstâncias são retratadas na obra cinematográfica dirigida por Constantin Costa Gavras, com produção francesa e título original *Le Couperet*⁵, a qual retrata a trajetória de um profissional dispensado imotivadamente depois de muitos anos de serviços prestados ao mesmo empregador.⁶

O que se observa, portanto, é que a dispensa sem justa causa inflige ao empregado grave violação aos seus direitos de personalidade, tais como a honra e a dignidade, uma vez que lhe subtrai, na grande maioria das vezes, a única fonte de renda capaz de prover o próprio sustento e da família.

Portanto, atualmente, a temática ora aventada carece de apurada apreciação e regulamentação, a fim de oferecer maior proteção ao direito do trabalhador empregado, contra a terminação do vínculo empregatício motivada pelo empregador sem qualquer justificativa.

Nesse contexto, o presente artigo objetiva debater a temática, estabelecendo um contraponto entre o sistema da livre dispensa e seus efeitos ao empregado e as garantias constitucionais e legais de proteção à continuidade do vínculo empregatício e à dignidade humana do trabalhador empregado.

2 - METODOLOGIA

O presente estudo será desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica e documental, descritiva, qualitativa e através do método dedutivo.

3 - SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: Método, 2010. p. 36.

4 - **Constituição Federal**.

5 - O Corte.

6 - GRAVAS, Costa. O Corte. Bélgica/ França/ Espanha, Pandora Filmes, 2005. Duração: 122 min.

3 - DESENVOLVIMENTO

A dispensa sem justa causa e a violação ao Princípio da Dignidade Humana do Trabalhador.

A Dignidade da Pessoa Humana constitui-se em preceito basilar de todo o ordenamento jurídico, e tem por escopo propiciar a efetivação dos direitos fundamentais.

Logo, trata-se de norma fundamental, de observância obrigatória, que objetiva garantir a todos os indivíduos condições dignas de existência, representando, ainda, base para todos os segmentos do Direito, por consistir em um valor jurídico básico da sociedade.

Acerca da matéria, pontua Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁷

Assim, evidenciada a relevância do princípio em voga, evidente a sua incidência, também, sobre as relações de natureza trabalhista, tal qual, a relação empregatícia, para o fim de garantir a proteção jurídica do trabalhador, especialmente, visando garantir-lhe meios dignos de subsistência própria e da família, além do resguardo da intimidade, integridade física e moral.

Busca-se, portanto, com a sua aplicação, oferecer condições de trabalho dignas e saudáveis, na vigência da relação empregatícia, assim como quando esta vier a findar-se.

Apesar disso, a atual conjuntura, que evidencia o crescente índice de desemprego, descortina um dos maiores problemas sociais como um dos mais relevantes problemas sociais que assombra a classe trabalhadora, bem como, imprime reflexos negativos em toda a coletividade.

Sobre a matéria, Nascimento esclarece a dimensão social alcançada pelo debate em questão, afirmando que:

O significado da extinção do contrato de trabalho transcende o interesse individual das partes e tem reflexos que se põem numa dimensão social. Está em jogo aqui o interesse não só do empregado e do empregador, mas de toda a sociedade, cuja vida econômica não pode prosperar com o desemprego. As preocupações dos Governos com a realização dos princípios de justiça social voltam-se cada vez mais para o imperativo da proteção do trabalhador na extinção do contrato de trabalho, e são notórios os progressos nesse sentido, inclusive no âmbito internacional.⁸

Tem-se, portanto, que a extinção do vínculo empregatício, por ato do empregador, e sem que haja o empregado dado qualquer causa para tal, constitui evidente agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana, posto que atinge o empregado no seu âmago, prejudicando-lhe o bem estar psíquico, motivação e autoestima, além de colocá-lo em posição de segregação social, marginalizando-o do mercado do trabalho.

Considere-se que, naturalmente, o emprego constitui, na imensa maioria dos casos, a única fonte de renda do empregado e de sua família, razão pela qual a insegurança frente à possibilidade de ser, a qualquer tempo e sem justo motivo, dispensado, inspira constante temor, e, vindo a efetivamente acontecer, ocasionará graves prejuízos de ordem moral e psíquica.

7 - MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 128.

8 - NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 384.

Nesse contexto, pode-se frisar a lição de Barreto, ao mencionar que “a luta pela manutenção do emprego como meio de sobrevivência de si e dos familiares transformou-se, para aqueles que ainda trabalham, em prioridade máxima e fonte de sofrimento”.⁹

O trabalho, portanto, oferece ao indivíduo “sentido pela vida, para seu desenvolvimento pessoal e moral, pois sem trabalho não há vida digna e saudável e, sem vida, não há falar no respeito à dignidade da pessoa humana”.¹⁰

Ademais, a Constituição Federal, no seu artigo 6º elenca, entre os direitos sociais, o direito ao trabalho, elevando-o, portanto, ao patamar de direito fundamental inerente ao indivíduo. A Constituição Federal estabelece, ainda, o direito ao trabalho como fundamento da ordem social, no seu artigo 193, da ordem econômica, no seu artigo 170, e como fundamento da república, no seu artigo 1º, IV.

Assim, o trabalho, enquanto instrumento de efetivação do desenvolvimento social e econômico, merece especial proteção, principalmente para que se possa propiciar a continuidade das relações empregatícias pelo maior lapso temporal possível.

De acordo com Nascimento, “a Constituição Federal do Brasil (art. 1º, III) tem como princípio a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. O desemprego prejudica a autoestima da pessoa e sua dignidade”.¹¹

Ainda, socialmente, a continuidade do vínculo de emprego reflete positivamente quando minimiza o problema social desencadeado pelo desemprego, especialmente à Previdência Social e, ainda, por serem os indivíduos empregados consumidores em potencial que movimentam o comércio e potencializam o capitalismo.

Destarte, a proteção da relação de emprego tornou-se uma necessidade iminente a fim de contemplar não apenas a relação particular estabelecida entre empregado e empregador, mas sim toda a coletividade sobre a qual recaem os efeitos do desemprego e segregação social.

Os efeitos da dispensa imotivada ao empregado: uma análise à luz da obra “O Corte” e o atual cenário legislativo brasileiro

Na situação encenada no filme “O Corte”¹², uma avalanche de acontecimentos ocasionados pela dispensa de inúmeros empregados de várias empresas dos mesmos segmentos, afetando negativamente toda uma classe de trabalhadores, acaba por desencadear no personagem diversos transtornos psicológicos que se agravam à medida em que o mesmo procura, sem sucesso, reinserir-se no mercado de trabalho;

A psiquiatria, por sua vez, relaciona alguns transtornos de características semelhantes às aquelas retratadas na obra, tais como TAG (Transtorno de Ansiedade Generalizado)¹³, TEPT (Transtorno de Estresse Pós-traumático)¹⁴ OU FS (Fobia Social)¹⁵.

Logo, a temática bastante atual, apesar de filmada há dez anos, bem reflete os efeitos ocasionados pela dispensa imotivada, desemprego e instabilidade dos trabalhadores.

O desemprego e massiva apelação publicitária em relação ao consumismo, a degradação sociopsicológica, a depressão e a ansiedade são o pano de fundo da trama. Perfeita a mostrar distúrbios socioeconômicos e psicológicos dos efeitos desencadeados por desequilíbrios ocasionados no meio social¹⁶.

Esta situação toma proporções avassaladoras. A relação da empregabilidade, muito bem representada na trama, tão intrínseca à dignidade humana, a realocação empregatícia do trabalhador em outros setores de trabalho que não o que detém especialização, e ainda em muito abaixo de suas qualificações, quando consegue se realocar, o que não é o caso do personagem central.

No desenrolar da história, revelam-se diversos efeitos de abalo à dignidade humana, ocasionados

9 - BARRETO, Margarida. **Violência, saúde e trabalho** - uma jornada de humilhações. 1. ed., São Paulo: Educ, 2003. p. 109.

10 - ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador**. Revista LTr. São Paulo, vol. 71, n. 5, p. 604-615, mai. 2007.

11 - NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. Cit. p. 116.

12 - GRAVAS, Costa. **O Corte**. Bélgica/ França/ Espanha, Pandora Filmes, 2005. Duração: 122 min.

13 - KAPLAN, Harold I. e outros. **Compêndio de Psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

14 - Amaya-Jackson L, March JS. **Posttraumatic stress disorder**. In: March JS, editor. **Anxiety disorders in children and adolescents**. New York: Guilford Press; 1995. p. 276-300.

15 - BEIDEL DC, CHRIST MAG, Long PJ. **Somatic complaints in anxious children**. J Abnorm Child Psychol 1991;19:659-70.

16 - WICKERT, L. F. **O adoecer psíquico do desempregado**. Psicologia, Ciência e Profissão, 19, 1, 1999. 66-75

pela abrupta perda do emprego. Sob stress extremo, o indivíduo pode vir a apresentar sintomáticas ou distúrbios como alterações comportamentais, ou mesmo personalidade limítrofe¹⁷, as quais, como consequência, obstam qualquer possibilidade de sucesso em todos os seus intentos. Some-se à tal frustração a ruína financeira que lhe inflige a gradativa redução da qualidade de vida.

Sob análise do quão frágil é o vínculo de emprego e a hipossuficiência do empregado frente ao seu empregador, o caso em mesa evidencia o contraste entre a busca pelos lucros e a balança mercantil, e a direção da indústria de papel, e a pouca preocupação dos empregadores com o bem-estar dos empregados que, por vezes, consagraram grande parte de suas vidas ao cargo antes ocupado.

Na trama, após dois anos desempregado, o personagem principal, já sem recursos financeiros, vê-se frente a um rito de envio de currículos e entrevistas sem fim. Uma família apática em seus interesses pessoais, bem pouco compreensiva, abstém-se de efetivamente abordar o problema com este, isolando-o e cobrando-o do mesmo efetivo sucesso em seus intentos.

Totalmente absorvido pela desesperadora situação, o personagem da ficção torna-se homicida ao planejar e executar a morte de todos os candidatos à vaga almejada, com qualificação igual ou superior à sua, além de, por fim, dar cabo também à vida do então empregado da companhia em que desejava atuar.

O dito popular de que a vida imita a arte, porém, nesse caso, releva-se substancialmente coerente, eis que a realidade social no país é perturbadora, uma vez que, apesar do já mencionado comando constitucional, não há regulamentação legal acerca da proteção contra a dispensa arbitrária ou imotivada.

A Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, dispõe acerca da terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, e, objetivando promover maior equilíbrio entre capital e trabalho, fixando normas de caráter paradigmático, porquanto, é composta de dispositivos abertos, que admitem a correta adequação ao ordenamento jurídico de cada país signatário.

Não obstante tal flexibilidade, a mesma tem por objetivo orientar e complementar a ordem jurídica do Estado que a ratificar, de forma a resguardar a continuidade da relação empregatícia da dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Entretanto, no Brasil, embora tenha sido ratificada em 22 de junho de 1982 e aprovada no Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº. 68, de 16 de setembro de 1992¹⁸, a Convenção foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade intentada pela Confederação Nacional da Indústria (autos nº. 1480-3), através da qual obteve-se, liminarmente, o sobrestamento dos seus efeitos em todo o território nacional.

Porém, mesmo antes de apreciado o mérito da referida ação, que ocorreu em 04-09-1997, o Poder Executivo, na pessoa do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, denunciou a norma internacional antes promulgada, no mês de dezembro do ano de 1996, por meio do Decreto nº. 2.00, pelo que o julgamento do mérito da ADIN restou prejudicado em função da perda do objeto.¹⁹

Acerca da Convenção nº. 158 da OIT, pontua Soares Filho:

Esse importante instrumento internacional provocou, em nosso país, intensa reação: de um lado, foi saudado com entusiasmo, esperança por segmento da classe jurídica e organizações sindicais de trabalhadores; de outro, com receio, apreensão e rejeição, por outros profissionais do direito e, especialmente, a classe empresarial e suas organizações sindicais. Suscitaram-se, a respeito de seu conteúdo, acerbas discussões, o que revela o grau de sua influência nas relações trabalhistas. É que ele trata de matéria relevante para a sociedade e de palpitante atualidade – a proteção de emprego em face de seu término por iniciativa do empregador -, atingindo interesses econômicos e sociais,

17 - BERGERET, Jean. **A personalidade normal e patológica**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

18 - Publicação do D.O.U. de 11.4.1996 – “DECRETO Nº 1.855, DE 10 DE ABRIL DE 1996. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e Considerando que a Convenção Número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, foi assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982; Considerando que a Convenção ora promulgada foi oportunamente submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo número 68, de 16 de setembro de 1992; Considerando que a Convenção em tela entrou em vigor internacional em 23 de novembro de 1985; Considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em epígrafe, em 05 de janeiro de 1995, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 05 de janeiro de 1996, na forma de seu artigo 16; (...)”

19 - SILVEIRA, Ramais de Castro. **Estabilidade no emprego**: Possível, urgente, revolucionária. Porto Alegre: Dom Quixote, 2009. p. 96-107.

*que por sua natureza são reciprocamente opostos entre si.*²⁰

Tem-se, portanto, que a promulgação da Convenção n.º. 158 ensejou caloroso debate que culminou em duas correntes doutrinárias, que se dividiram entre os que lhe negavam vigência e a os que lhe conferiam vigência.

Contrariamente à aplicação da Convenção 158, emergiam dois argumentos fundamentais: os efeitos atribuídos pela Convenção à dispensa imotivada, bem como a forma prescrita pela Constituição Federal para a regulamentação da matéria.

Isso porque, tal norma estabelece restrições ao poder de dispensar empregados sem justa causa, através da disposição preconizada em seu artigo 4º, que assim dispõe: “Nenhum trabalhador deve ser despedido sem justa causa, entendendo-se como tal a ligada à sua capacidade ou ao seu comportamento ou, então, a fundada nas necessidades de funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço”.

Com esse dispositivo, conferia-se desejada proteção à continuidade do vínculo empregatício, sem, contudo, tolher o empregador de seu poder diretivo e disciplinar, porque resguardado o seu direito de, comprovada a dificuldade econômica, tecnológica, estrutural ou similar, romper o vínculo de emprego havido.

Ademais, prevê, em se tratando de alegação de justo motivo, a dispensa não se efetivará sem que seja oportuna ao empregado a defesa das acusações que lhe foram imputadas.

Depreende-se, ainda, da leitura do artigo 5º um rol de motivos incapazes de ensejar a dispensa por justa causa, tais como: raça, cor, sexo, estado civil, participação do empregado em procedimento movido contra o empregador por possíveis violações às leis ou regulamentos, entre outros.

Portanto, a estabilidade prevista pela norma internacional em comento não é absoluta, pois existem duas hipóteses em que a extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregador será admitida: quando o empregado cometer falta grave que justifique o despedimento ou, ainda, em função de eventuais dificuldades econômicas, tecnológicas ou estruturais do empregador que inviabilizem a continuidade da relação.

E ainda, efetivada a despedida injusta, a Convenção faculta ao julgador a possibilidade de determinar a reintegração do empregado, ou, ainda, o pagamento de indenização adequada ou outro meio de reparação, conforme dispõe o seu artigo 10.

De acordo com Süsskind, a Convenção determina a “anulação do ato patronal que não se fundar, comprovadamente, em qualquer dos motivos relacionados no art. 4º”.²¹

O instrumento em questão, portanto, quer nos parecer adequado à intenção do legislador constituinte, ao estabelecer a proteção à relação de emprego contra a dispensa arbitrária, posto que garante estabilidade ao empregado ao resguardar-lhe do risco iminente de ser surpreendido por uma dispensa imotivada, sem, contudo, prejudicar, indiscriminadamente, o poder de mando do empregador, no que tange à terminação do vínculo de emprego.

4 - CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, vige no Direito do Trabalho, atualmente, o Sistema da Livre Dispensa, excetuados alguns casos pontuais em que o empregado é detentor de garantia provisória no emprego, que se funda no direito potestativo do empregador de dissolver o vínculo empregatício, por ato unilateral.

Essa liberdade, no entanto, pode representar grave ofensa ao Princípio da Dignidade Humana, visto que o empregado, muitas vezes, tem no emprego a única fonte de subsistência, dele dependendo para prover o sustento próprio e da família, e, no entanto, permanece à mercê do livre arbítrio do empregador, com o risco iminente de ser, a qualquer momento, e sem qualquer motivo a justificar, despedido arbitrariamente.

Apesar da intenção do legislador constituinte, ao positivizar o artigo 7º, I, da Constituição, a desejável regulamentação que permitiria o integral cumprimento do comando constitucional nunca foi editada, sendo devido ao empregado despedido injustamente tão somente efetuar o saque o FGTS, acrescido de

20 - SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2002. p. 233.

21 - SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Lrt, 2004. p. 142.

uma multa no importe de 40% sobre tal saldo.

Logo, a despedida imotivada imprime reflexos negativos, tanto no plano dos direitos individuais, quando afeta as garantias mínimas de dignidade e bem-estar do empregado, como, também, alcança toda uma coletividade, por colaborar com o desemprego e segregação social.

Tal situação é fielmente retratada pela obra cinematográfica antes mencionada, posto que versa sobre o descontrole que acometeu o personagem, na trama, despedido imotivadamente, tão somente em razão de redução de custos.

No cenário legislativo brasileiro, há que se ressaltar a Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho que trouxe simples e efetiva solução ao impasse do Sistema da Livre dispensa, e que, no entanto, acabou por ser denunciada pelo então chefe do Executivo, frente à amplitude das discussões que a assolaram.

A referida Convenção condiciona a validade da dispensa do empregado a uma causa juridicamente relevante, advinda de seu comportamento e/ou capacidade, ou ainda, por força de reais necessidades no exercício das atividades do empregador.

Logo, tais disposições guardam total relação com a previsão constitucional insculpida no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, que compreende, entre os direitos do trabalhador, tal proteção, atribuindo a sua regulamentação a Lei complementar que deveria ser editada.

Ainda, se considerarmos o direito ao trabalho, como garantia fundamental inserida no artigo 5º da Constituição, há que se conferir máxima efetividade e especial atenção do Estado às normas protetivas, de forma que a instabilidade decorrente do sistema da livre dispensa não se coaduna com o cenário legislativo correspondente, especialmente se ponderadas as disposições dos Princípios da Proteção e da Continuidade do vínculo empregatício

Resta, portanto, notória e evidente a deficiência da Lei trabalhista; sob este aspecto, eis que inexistente regulamentação legal adequada à tal controvérsia, de forma que a matéria em estima permanece carente de legislação específica.

Não há, portanto, efetiva proteção à continuidade da relação de emprego, mas, tão somente, mecanismos esparsos que objetivam minorar os efeitos da dispensa ao empregado, como é o caso do FGTS, pelo que é urgente e imprescindível para a efetivação das garantias trabalhistas a adoção de legislação capaz de oferecer-lhe proteção contra a despedida imotivada e/ou arbitrária.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador**. Revista LTr. São Paulo, vol. 71, n. 5, p. 604-615, mai. 2007.

AMAYA-JACKSON L, March JS. **Posttraumatic stress disorder**. In: March JS, editor. Anxiety disorders in children and adolescents. New York: Guilford Press; 1995. p. 276-300.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito Constitucional do Trabalho**: Sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal. São Paulo: LTr; 1998.

BARRETO, Margarida. **Violência, saúde e trabalho** - uma jornada de humilhações. 1. ed., São Paulo: Educ, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEIDEL DC, CHRIST MAG, Long PJ. **Somatic complaints in anxious children**. J Abnorm Child Psychol 1991;19:659-70.

BERGERET, Jean. **A personalidade normal e patológica**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. 104.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. V. 3. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2003.

FIORI, José Luis. Estado do Bem-Estar Social: Padrões e Crises. Disponível em <<http://www.iea.usp.br/iea/textos/fioribemestarsocial.pdf>>. Acesso em 27 de junho de 2011.

GRAVAS, Costa. **O Corte**. Bélgica/ França/ Espanha, Pandora Filmes, 2005. Duração: 122 min.

KAPLAN, Harold I. e outros. **Compêndio de Psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Convenção nº. 158 da OIT e a dispensa do trabalhador**. Disponível em <http://www.direitosbc.br/revista_arq/Artigos_PDF/sergio%20pinto%20martins_o%20conven%C3%A7ao%20n.158%20da%20oit.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34.ed. São Paulo: LTr, 2009.

SILVEIRA, Ramais de Castro. **Estabilidade no emprego: Possível, urgente, revolucionária**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2009.

SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

WICKERT, L. F. **O adoecer psíquico do desempregado**. Psicologia, Ciência e Profissão, 19, 1, 1999. 66-75

